

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

LIBRO EN HOMENAJE
A JAVIER JIMÉNEZ CAMPO

MANUEL ARAGÓN REYES,
JUAN JOSÉ SOLOZABAL ECHAVARRIA
y JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS (dir.)



IC|E|P|C|



EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO
LIBRO EN HOMENAJE A JAVIER JIMÉNEZ CAMPO

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

CONSEJO EDITORIAL

Luis Aguiar de Luque
José Álvarez Junco
Manuel Aragón Reyes
Paloma Biglino Campos
Carlos Closa Montero
Elías Díaz
Arantxa Elizondo Lopetegi
Ricardo García Cárcel
Rosario García Mahamut
Yolanda Gómez Sánchez
Pedro González-Trevijano
Carmen Iglesias
Francisco J. Laporta
Encarnación Lemús López
Emilio Pajares Montolío
Benigno Pendás
Mayte Salvador Crespo
Mónica Sánchez Redonet
Antonio Torres del Moral

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

LIBRO EN HOMENAJE
A JAVIER JIMÉNEZ CAMPO

MANUEL ARAGÓN REYES,
JUAN JOSÉ SOLOZABAL ECHAVARRIA Y
JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS
(dir.)

Catálogo general de publicaciones oficiales
<https://cpage.mpr.gob.es>

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidas la reprografía y el tratamiento informático.

De esta edición, 2024:

Ilustración de cubierta: Grabado *Proclamación de la Constitución en Madrid*, de Eugène Lamy y Godefroy Engelmann. Museo de Historia de Madrid.

© Manuel Aragón Reyes, Juan José Solozabal Echavarria y Juan Luis Requejo Pagés (dir.)

© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9

28071 Madrid

<http://www.cepc.gob.es>

X: @cepcgob

Facebook: CentrodeEstudiosPoliticoyConstitucionales

Instagram: centro_estudios_pol_y_const

NIPO CEPC EN PAPEL: 145-24-069-1

NIPO CEPC PDF: 145-24-070-4

ISBN CEPC EN PAPEL: 978-84-259-2071-4

ISBN CEPC PDF: 978-84-259-2070-7

Depósito legal: M-28204-2024

Realización: Dagaz Gráfica, SLU

Ramonet, 14

28033 Madrid

Impreso en España — *Printed in Spain*

ÍNDICE

Presentación	11
La obra intelectual de Javier Jiménez Campo	15
<i>Francisco Balaguer Callejón</i>	

EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Reforma constitucional y democracia militante	23
<i>Manuel Aragón</i>	
La dialéctica nacionalista.	35
<i>Juan José Solozabal</i>	
Función arbitral y moderadora del Rey y supremacía constitucional	51
<i>Ramón Punset</i>	
Desahucio administrativo y presupuestos de la autotutela. (A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla de 19 de julio de 2021)	71
<i>Luis María Díez-Picazo</i>	
Proclamas y placebos en el Boletín Oficial del Estado, o algunas reflexiones sobre las leyes simbólicas.	79
<i>Miguel Beltrán</i>	
El tramposo juego de la democracia	109
<i>Juan Ignacio Moreno</i>	

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La ultraactividad de leyes inconstitucionales declaradas nulas: una anomalía en la jurisprudencia constitucional.	133
<i>Ignacio Borrajo</i>	
Amparo directo frente a decretos-leyes singulares. Una tesis	155
<i>Ignacio Díez-Picazo</i>	
El primer juez constitucional	177
<i>Enric Fossas Espadaler</i>	
Olvidada en el ángulo oscuro... ¿qué fue de la deferencia al legislador?	193
<i>Francisco Caamaño</i>	

La defensa de la Constitución por el Tribunal Constitucional ante el proceso secesionista en Cataluña.	211
<i>Juan Carlos Duque</i>	
Historizar el Tribunal Constitucional	229
<i>Marian Ahumada</i>	
Del <i>favor</i> descentralizador a la defensa del Estado. Síntesis evolutiva de la jurisprudencia constitucional autonómica	249
<i>César Aguado Renedo</i>	
Algunas consideraciones sobre la cuestión de inconstitucionalidad	267
<i>Alicia González</i>	
La suspensión cautelar del procedimiento legislativo en el recurso de amparo parlamentario	285
<i>Herminio Losada</i>	
De la <i>interposition</i> a la <i>nullification</i> : el debate sobre el control de las actuaciones <i>ultra vires</i> en los Estados Unidos de America.	305
<i>Tomás de la Quadra-Salcedo Janini</i>	
En torno a la potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional	325
<i>Luis Pomed</i>	
La especial trascendencia constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	351
<i>Carlos Ortega Carballo</i>	
Garantizando el interés superior del menor: la evolución en la protección jurídica en la infancia y la adolescencia	367
<i>Gema Díez-Picazo</i>	

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por las sendas de la eutanasia	393
<i>Jesús García Torres</i>	
Dignidad humana y Constitución normativa	417
<i>Ricardo Chueca</i>	
Protección de datos e inteligencia artificial en perspectiva europea.	441
<i>Gregorio Cámara</i>	
La <i>vis expansiva</i> de las obligaciones positivas y la protección frente a las violaciones cometidas por particulares en la jurisprudencia del TEDH.	459
<i>Juan María Bilbao</i>	
Las distintas vertientes del principio de igualdad en la aplicación del Derecho.	487
<i>Margarita Beladiez</i>	
¿Existe un derecho a resistirse frente a la exacción fiscal desproporcionada?	507
<i>Juan Fernando Durán</i>	

¿Debe ser irretroactiva la jurisprudencia penal desfavorable? Un dilema	523
<i>Juan Antonio Lascuráin</i>	
La revocación de licencias y autorizaciones y el principio de legalidad sancionadora del art. 25.1 CE	535
<i>Miguel Casino</i>	
La interpretación de la Constitución como «árbol vivo»: una metáfora especiosa	559
<i>Fernando Rey</i>	
La constitución económica liberal y su configuración a partir de los derechos fundamentales	579
<i>José Luis García Guerrero</i>	
El proceso penal de menores: ¿también de menores garantías?	595
<i>Isabel Huertas Martín</i>	
Archivos y protección de datos: conservación, derecho al olvido y acceso a la información.	623
<i>Daniel de Ocaña Lacal</i>	
Garantías de los «derechos fundamentales de los parlamentarios». En especial, sobre el deber de los órganos de las Cámaras de velar por los derechos de los diputados. Breve análisis de la jurisprudencia constitucional	643
<i>Marta Souto Galván</i>	
La amplia, pero limitada, libertad del legislador estatal para determinar (el alcance máximo y mínimo de) <i>lo básico</i>	661
<i>Antonio Arroyo Gil</i>	

EL ESTADO EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Control de constitucionalidad y control de convencionalidad	685
<i>Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer</i>	
La reparación de los derechos declarados vulnerados por sentencia del TEDH. El problemático encaje del recurso de revisión	703
<i>Cristina Izquierdo Sans</i>	
De la cala Melloni... y del melón, por abrir, del diálogo prejudicial con el TJUE. Un reflexivo apunte, en homenaje a Javier Jiménez Campo	725
<i>Antonio López Castillo</i>	
El custodio de la democracia en los asuntos relativos a la integración europea. El recurso de amparo ante el BVerfG para la defensa del dinero alemán a los ojos de un extranjero	739
<i>José María Rodríguez de Santiago</i>	
La compleja relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad: el caso francés	757
<i>Isabel M. Giménez Sánchez</i>	

Luces y sombras de la tutela judicial europea	773
<i>Juan Luis Requejo Pagés</i>	
<i>Curriculum vitae</i> de Javier Jiménez Campo	789

PRESENTACIÓN

Con ocasión de la jubilación de Javier Jiménez Campo, catedrático de Derecho Constitucional y letrado del Tribunal Constitucional, de sus funciones como servidor público, quienes hemos compartido con él tantas tareas y una duradera amistad, Manuel Aragón, Juan José Solozabal y Juan Luis Requejo, hemos querido impulsar el presente libro-homenaje que ha contado con la colaboración de un nutrido grupo de profesores de Derecho y otros juristas caracterizados por la relación personal y profesional que han tenido, y tienen, con el destinatario del homenaje. Un homenaje merecido por la trayectoria de profesor universitario y la obra intelectual e institucional de Javier Jiménez Campo.

Quienes le conocemos desde hace tantos años, Manuel Aragón y Juan José Solozabal, recordamos con añoranza los vínculos que a Javier y a nosotros dos nos unieron con nuestro común maestro, Francisco Rubio Llorente. Fue en los años setenta del pasado siglo cuando aquella relación se inició en la Universidad Complutense de Madrid. Allí comenzamos nuestra andadura de profesores universitarios de la mano del maestro, cuyo ejemplo de rigor intelectual e independencia de criterio nos acompañaría desde entonces, sin que su fallecimiento, hace ya algunos años, lo haya debilitado.

Aquel primer seminario en la Complutense, dirigido por Rubio, cuando no había aún Constitución, sino Derecho político, y en el que nos dedicábamos, entre otras tareas, a comentar la obra de Max Weber; las lecciones deslumbrantes de Rubio, a las que asistíamos; la responsabilidad con que, incitados por él, preparábamos nuestras primeras clases como jóvenes profesores; los paseos que dábamos los cuatro por los alrededores de la Facultad de Derecho gozando de la conversación con el maestro; la ayuda, presta y crítica, que él siempre nos dio en nuestra formación y en nuestra carrera de profesores, primero de Derecho Político, después de Derecho Constitucional, forjaron los cimientos de lo que, con el paso del tiempo, sería una nutrida escuela de constitucionalistas conocida como la «escuela de Rubio Llorente».

Javier, desde el principio, destacó por su punzante inteligencia, su vasta cultura y su solidez intelectual. Como ha sucedido con muchos de nosotros, él prestó atención en un primer momento de su actividad investigadora al contexto histórico e intelectual del Derecho Constitucional y aquí cabe inscribir sus contribuciones al análisis de la Reforma política y la Transición, que hasta cierto punto pueden considerarse precedidas por lo que después de todo es el reverso del Estado de Derecho, como sucede con su estudio sobre el fascismo español. Con el tiempo, y partiendo de una profundización de las categorías básicas de la teoría constitucional, y desde una óptica muy familiarizada especialmente con el mejor derecho constitucional clásico italiano, pasará al estudio de las fuentes antes de ocuparse de los derechos fundamentales y obviamente la justicia constitucional. Estos nuevos campos son objeto de monografías, cuidadosamente trabajadas, con una agudeza y hondura realmente sobresalientes.

Su carrera de profesor universitario de Derecho Constitucional, que se inició y prolongó durante bastantes años en la Universidad Complutense de Madrid, le condujo después a obtener la cátedra, primero de la Universidad de Cantabria y, después, de la

de Granada, aunque su cargo, entonces, en el Tribunal Constitucional, le impidió incorporarse a la docencia regular en estas últimas universidades. Sin embargo, su docencia como profesor, que por ese motivo no siguió ejerciendo desde entonces de modo pleno, no se vio interrumpida por completo, ya que se prolongó a través de conferencias dictadas en centros universitarios, congresos y otras reuniones académicas. Sus alumnos y todos los que han tenido la fortuna de escucharle han podido comprobar la brillantez, el rigor y la capacidad didáctica de sus exposiciones. Cualidades que adornan, en este caso sin duda, a un excelente profesor universitario.

La cercanía al profesor Rubio Llorente no sólo influyó en la obra intelectual de Javier y en las vicisitudes (oposiciones) que jalonaron su brillante carrera de profesor universitario, sino también en su itinerario institucional. Cuando se fundó, en 1980-1981, la *Revista Española de Derecho Constitucional*, dirigida por Francisco Rubio, él designó a Javier como secretario del Consejo de redacción, cargo que desempeñó un largo período de tiempo; por cierto, su vinculación con la Revista siguió hasta el presente, pues cuando dejó la secretaría del Consejo de redacción siguió como miembro del mismo hasta hace un año, en que pasó a integrarse en su Consejo asesor. Cuando Rubio fue magistrado del Tribunal Constitucional, lo incorporó al Tribunal como letrado, condición en la que sigue Jiménez Campo (hasta su próxima jubilación) después de un largo período como secretario general de esa institución.

En esta presentación no vamos a extendernos, aunque ya hemos apuntado algunos de sus rasgos principales, acerca de la manifiesta importancia de la obra intelectual de Javier Jiménez Campo como constitucionalista, reflejada en un buen número de publicaciones, puesto que de ello se ocupa uno de los trabajos que en este libro se contienen, pero sí nos ha parecido relevante dejar constancia, como acaba de hacerse, de que la enseñanza y la ayuda recibida de nuestro común maestro fue un valioso regalo para él, como también lo ha sido para los demás que hemos tenido la suerte gozar del magisterio directo de Francisco Rubio.

Pero, además de la trayectoria académica de la persona que homenajeamos, queremos destacar también, con especial significación, dentro de su trayectoria institucional, la labor que desempeñó en el Tribunal Constitucional, a la que ha dedicado una buena parte de su vida profesional y a la que ha prestado un servicio impagable. Manuel Aragón, durante sus nueve años de magistrado, de 2004 a 2013, puede dar testimonio de ello, pero puede hacerlo más aún Juan Luis Requejo, que, como letrado del Tribunal, ha convivido con él en esa institución desde 1991 hasta 2010, siendo testigo de su magisterio extraordinario como jefe de numerosas generaciones de letrados para los que ha sido un referente intelectual, profesional y personal durante cerca de cuarenta años, haciéndose acreedor de una autoridad indiscutible a la que debe mucho el proceso de institucionalización de una jurisdicción constitucional española que tiene en Javier la memoria viva de sus avatares principales.

En efecto, en una evaluación correcta del Tribunal Constitucional, no puede olvidarse la contribución imprescindible y valiosísima de ese órgano jurisdiccional al funcionamiento de nuestro sistema constitucional, como queda acreditado en su doctrina, por poner dos ejemplos conspícuos, de la distribución territorial del poder y los derechos fundamentales. Las capacidades del Tribunal quedan resaltadas si se las con-

sidera desde una perspectiva global o de conjunto, que repare en la generación gradual de su doctrina que se va acumulando con las aportaciones realizadas por las sucesivas composiciones del Tribunal desde su puesta en marcha en 1980. En la formación de esa doctrina y, en general, en el cumplimiento de las funciones que el Tribunal tiene encomendadas, ha contribuido, sin duda alguna, la ayuda suministrada por los letrados al servicio de la institución, seleccionados con exigentes niveles de profesionalidad en el mundo académico y judicial, según muestra de modo indudable el caso de Javier Jiménez Campo.

Para finalizar esta presentación sólo nos queda agradecer la magnífica disposición de cuantos han hecho posible este verdadero *liber amicorum*. Desde luego, a los autores de los trabajos que aquí hemos reunido, y muy en particular al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, que, al acoger la edición, ha querido contribuir al homenaje de quien durante tantos años ha sido uno de sus más brillantes colaboradores. Queremos asimismo dejar constancia de gratitud a las profesoras María Ángeles Ahumada, Margarita Beladiez y Alicia González por su desempeño como coordinadoras en la gestación de este libro.

LA OBRA INTELECTUAL DE JAVIER JIMÉNEZ CAMPO

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Catedrático de Derecho Constitucional

Dice Antonio D'Arena que la condición de constitucionalista es algo distinta de la de cualquier otro jurista, por su vinculación específica con el control del poder y la garantía de los derechos, el ideario histórico del constitucionalismo. Siendo un jurista extraordinario, con una capacidad de construcción dogmática que ha contribuido poderosamente al desarrollo de nuestras instituciones, se evidencia en la obra de Javier Jiménez Campo esa dimensión específica del constitucionalista, orientada a limitar el poder a través del Derecho. Algo que solamente se puede hacer desde la honestidad intelectual, la primera característica que quisiera destacar de esa obra. Ninguna concesión a eso que Juan José Ruiz-Rico llamaba «el vacío dios del pragmatismo», para aproximarse al poder político de turno traicionando un oficio, el de jurista, que solo desde la independencia de criterio se puede ejercer, como él ha hecho siempre.

Un segundo rasgo, que quizás pueda parecer extraño a quien no la conozca, porque se trata de una obra relativamente extensa, es la sobriedad. Cada palabra está medida en sus textos, no hay espacio para lo superfluo, para aquello que no es estrictamente necesario en el proceso argumentativo. Esta condición se refleja también en su actitud personal, en sus conferencias y en los actos académicos en los que participa. No se trata de un ejercicio de contención, sino de medida, de calibrar aquello que es realmente una exigencia del debate intelectual frente a lo que solamente tiene sentido para añadir páginas, para contentar a potenciales lectores o por cualquier otro motivo espurio.

Una tercera característica de la obra de Javier Jiménez Campo es el rigor intelectual. En la recensión que hizo del libro de nuestro admirado Ignacio de Otto sobre el sistema de fuentes, citaba a B. Brecht en su *Canción de la buena gente*: aquellos que incluso «si ponen una piedra en lugar equivocado, vemos, al mirarla, el lugar verdadero». Yo no diría que Javier Jiménez Campo esté exento de los errores que cualquier jurista puede cometer en su trabajo, aunque establecer qué sea un lugar equivocado es algo discutible en una sociedad pluralista y más desde la perspectiva de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales de Peter Häberle. Lo que sí puedo afirmar es que, en la obra de Javier, nunca he visto que se haya fijado ese lugar de manera arbitraria o sin una argumentación solvente.

En la gigantesca tarea que le correspondió a su generación, Javier Jiménez Campo cumplió su cometido con una precisión de cirujano. Desde el análisis de los elementos referenciales que desde la Constitución de 1978 hacían posible la configuración de sus instituciones supo elaborar los fundamentos de nuestro ordenamiento constitucional.

En alguna ocasión, al presentarlo como conferenciante, lo he expresado de este modo: si se eliminaran los textos de Javier Jiménez Campo sobre la Constitución Española, nuestra cultura constitucional se resentiría de manera muy significativa. No es algo que se pueda decir de muchos autores en relación con el conjunto de su obra.

La generación de Javier Jiménez Campo tuvo que hacer un tremendo esfuerzo para adquirir todo el bagaje intelectual que requería la construcción del sistema constitucional español. Se trata de autores que comenzaron a investigar en un régimen sin constitución, en el campo de la ciencia política, de la teoría política o de la sociología. A partir de ahí tuvieron que asumir diversos procesos de reciclaje, correspondientes a un orden constitucional complejo propio de una Constitución que se abría al exterior, al proceso de integración europea, al tiempo que se abría también en el interior hacia un proceso de descentralización política que culminaría en el Estado autonómico.

Los retos de entonces se superaron con creces dando lugar a un cuerpo doctrinal que, junto con la labor del Tribunal Constitucional (en la que también se ha proyectado el trabajo de Javier Jiménez Campo, que fue su Secretario General durante muchos años¹) ha configurado un sistema constitucional por el que podemos sentir un legítimo orgullo. Los retos de nuestro tiempo se proyectan más allá del Estado y para afrontarlos no tenemos todavía los instrumentos necesarios y cabe dudar de que los tengamos en el inmediato futuro. No hay nada más que ver las grandes crisis constitucionales de este siglo para darse cuenta de que se sitúan fuera del universo conceptual del jurista y del constitucionalista, en un espacio que han ocupado, a veces necesariamente —otras no tanto— desde economistas o epidemiólogos hasta expertos en informática.

El impacto de la globalización no sólo se evidencia en los temas hacia los que nos hemos orientado en este siglo y de los que tratamos ahora de manera prioritaria. Desde la famosa «prima de riesgo» de la crisis financiera que comenzó en 2008 hasta la configuración de la inteligencia artificial, pasando por las medidas de aislamiento para preservar la salud y la vida de las personas en condiciones de pandemia, hemos tenido que aprender hasta un nuevo vocabulario político e incluso constitucional, que no estaba escrito en la Constitución de 1978. Ese impacto se evidencia también en la forma en que hacemos nuestro trabajo desde que comenzara la revolución digital. Una revolución que ha agilizado en gran medida la documentación, la recopilación bibliográfica o la consulta jurisprudencial y legal, entre otras cosas. Pero, al mismo tiempo, ha generado dinámicas nuevas, con una percepción del tiempo distinta y métodos de trabajo que no tienen nada que ver con los lentos procesos de meditación y maduración que inspiraba la investigación jurídica hace algunos años².

No sé si en algún momento las aplicaciones de inteligencia artificial generativa estarán en condiciones de sustituir a los juristas con aportaciones que sean realmente

¹ Ese oficio explica también el altísimo nivel doctrinal de sus trabajos sobre jurisdicción constitucional y particularmente los incorporados al libro que publicó con Francisco Rubio Llorente: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

² Por no hablar de la afectación de derechos fundamentales por las redes sociales y las aplicaciones de Internet diseñadas por las grandes compañías tecnológicas, que obligan a revisar trabajos de Javier Jiménez Campo como el de «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, mayo-agosto de 1987.

aceptables. No hemos llegado a eso todavía y tengo dudas de si llegaremos o no. En mi opinión, la fascinación por la inteligencia artificial en su estado actual de desarrollo no está justificada, al menos en el ámbito académico. Para aportar algo nuevo en la construcción dogmática no es suficiente con manejar modelos lingüísticos más o menos sofisticados. Es necesario también incorporar experiencias cotidianas, sentimientos, intuición, todo aquello que nos caracteriza como seres humanos y que configura nuestra inteligencia.

Un ejemplo claro de esta diferencia, todavía abismal, lo tenemos en la obra de Javier. Como en los versos de Ángel González, se podría decir que para que la persona y el jurista se llame Javier Jiménez Campo «fue necesario un ancho espacio y un largo tiempo». Algo que una inteligencia artificial no podrá superar ni tampoco imitar de manera fiable. También por eso, sus obras han adquirido la condición de referentes inexcusables para el conocimiento de nuestro ordenamiento constitucional. En lo que hemos preservado de los efectos de la globalización y de la sociedad digital, de la incerteza, la fragmentación y la radicalización de nuestra época, sus textos siguen brillando con luz propia.

En una obra tan interesante y sugestiva como la de Javier, resultaría imposible exponer aquí una mínima relación de su contribución a la construcción del derecho constitucional español. Basta un mero repaso a las publicaciones que se relacionan en este libro para comprender el alcance extraordinario de su obra y el impacto que ha tenido en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia. Sus trabajos se extienden sobre todas las temáticas que articularon los debates doctrinales en los primeros años de desarrollo constitucional. En muchas de ellas, sus análisis y sus planteamientos aportaron claridad para disipar la confusa neblina que dificultaba su formulación dogmática.

En lo que sigue se mencionan tan solo algunos ejemplos que surgen de mi propia experiencia de lector. Lecturas que son siempre un placer equiparable al de leer una buena novela. Quizás por eso podemos hablar en autores como Javier de «literatura jurídica» con plenitud de sentido. Naturalmente, cualquier otro lector de los muchos que han tenido sus textos podría exponer una valoración diferente. La que aquí sigue es la mía, condicionada también por los límites inherentes a este perfil intelectual, que no pretende extenderse más allá de lo necesario.

Al fin y al cabo, en palabras de Javier «lo que llamamos una memoria personal parece ser también el resultado de la apropiación de múltiples relatos ajenos»³. Este perfil es tan solo uno de esos relatos, que intenta dar la dimensión —que en el futuro será memoria— de un gran intelectual de nuestro tiempo, alguien que ejerció las funciones que le correspondieron con dignidad y entereza, sin dejarse arrastrar por la corriente. De alguien que, más allá de su actual posición administrativa, que hoy nos sirve de excusa para dedicarle este homenaje, sigue teniendo mucho que decir.

La obra de Javier Jiménez Campo incorpora en sus distintas formulaciones en artículos y libros, una teoría de la constitución que el lector puede ir asimilando a través de esos textos. Hay una sistemática implícita, una «constitución material» (aun-

³ «Beau geste», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Tecnos, Madrid, 1997.

que a él no le guste ese término⁴) que recoge la fuerza de la historia, y se canaliza a través del discurso jurídico. Su fundamento va más allá del derecho porque reposa en una formación que incluye también la dimensión intelectual del autor y que lo expresa muy bien su análisis del Estado social y democrático de Derecho⁵: «el intérprete parece obligado a hacer sistema de la historia, a coordinar significados que, muchas veces, nacieron polémicamente y que aún hoy acusan, en su ajuste difícil, las tensiones propias a una sociedad escindida, que así se reconoce en su ordenamiento».

Esta ordenación sistemática compleja, que está en la mente del autor, hace que sus textos no sean fáciles de adscribir a una temática concreta porque en ellos suele haber desarrollos que tienen que ver con la ordenación nuclear de nuestra disciplina en sus distintas vertientes. Pongamos como ejemplo el trabajo sobre la igualdad⁶ en el que se contiene una configuración dogmática muy precisa de la aplicación del artículo 14 por la jurisdicción constitucional. Pero, al mismo tiempo, es un texto en el que se contienen reflexiones muy acertadas sobre la relación entre el legislador y la jurisdicción constitucional, sobre la evolución del constitucionalismo, sobre el sistema de fuentes del derecho y la posición de la ley en el ordenamiento jurídico, sobre la analogía y sobre otras cuestiones de relevancia constitucional.

Lo mismo cabe decir de su libro sobre los derechos fundamentales, que se vertebra en torno a las garantías y en relación con las facultades de los distintos agentes, legislativo y jurisdiccional, para configurar los derechos fundamentales a partir de las previsiones constitucionales. Derechos cuyo *status* se define por la protección de su contenido esencial frente a la acción del legislador, por lo que se pueden alegar contra la ley y a veces «en ausencia de las normas de ley que la Constitución requiere para el desarrollo o la ordenación del derecho»⁷.

Una apreciación similar merece la diversidad de estudios, que se pueden considerar obras maestras, sobre el control de constitucionalidad de la ley, la cuestión de inconstitucionalidad o la declaración de inconstitucionalidad de la ley⁸. En ellos se vertebra un concepto de constitución que se despliega en la relación entre legislador y jurisdicción, al tiempo que se construye en cada una de sus facetas el desarrollo doctrinal de nuestro sistema jurídico en materias tan delicadas y complejas como los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Aportaciones más concretas e individualizables se encuentran, por ejemplo, en el análisis del Título X de la Constitución que está lleno de interesantes consideraciones

⁴ «Contra la constitución material», igualmente en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Tecnos, Madrid, 1997.

⁵ Voz «Estado social y democrático de Derecho», en J. J. González Encinar (ed.), *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984.

⁶ «La igualdad jurídica como límite al legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, septiembre-diciembre de 1983.

⁷ *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 25.

⁸ Además de los ya mencionados en Francisco Rubio Llorente, Javier Jiménez Campo: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, cabe destacar también «Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley», en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, E. Aja (ed.) Ariel, Barcelona, 1998.

orientadas a determinar los límites a la reforma constitucional que se derivan, entre otras vertientes, de la diferenciación entre la constitución y las leyes de revisión constitucional. Unos límites que deben entenderse en relación con las normas relativas a sus contenidos y no respecto de las disposiciones concretas tal y como están formuladas en la constitución⁹.

Igualmente, en su trabajo sobre el control jurisdiccional de los decretos legislativos, que marcó la posición doctrinal de los constitucionalistas (en contraste con otros sectores de nuestro derecho público) sobre el régimen jurídico de ese control, superando planteamientos que, pese a haber sido acogidos en sede legislativa, tienen un difícil encaje constitucional¹⁰. También, en relación con la aplicación jurisdiccional de la constitución, destaca su propuesta de utilizar el poderoso instrumento de la analogía en lugar de recurrir al expediente de la inconstitucionalidad por omisión, para corregir las deficiencias legislativas que afecten a la igualdad ante la ley¹¹.

Por lo que se refiere al Estado autonómico, podemos mencionar la distinción, tan afortunada, entre la definición y la regulación de lo básico¹², que clarificó el régimen jurídico de la competencia en un ámbito especialmente problemático de la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. Igualmente, entre otras aportaciones, la configuración de un principio de *preferencia de ley*, que no equivale a una reserva de ley porque no se articula como una relación entre fuentes sino entre normas.

Podríamos seguir con otros muchos ejemplos, como el régimen de los partidos políticos¹³ con un texto publicado en el primer número de la Revista Española de Derecho Constitucional, de la que Javier Jiménez Campo sería su Secretario durante muchos años. También, la autonomía local¹⁴ o el derecho parlamentario¹⁵ o las diver-

⁹ «Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980.

¹⁰ «El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos», *Revista de Derecho Político*, núm. 10, 1981. Cuestionando esos planteamientos, decía Javier Jiménez Campo que «no dejan de incurrir en una cierta contradicción lógica al convertir el resultado posible del ejercicio de la jurisdicción en la condición de la misma. Ocurre, en efecto, que el único medio para considerar competente a la jurisdicción contencioso-administrativa en el control de la adecuación del decreto legislativo a la ley de delegación es el considerar al primero como norma de mero rango reglamentario cuando incurra en *ultra vires*, extralimitación que, sin embargo, solo podrá determinarse mediante el ejercicio de la misma jurisdicción», p. 87.

¹¹ «Analogía “secundum constitutionem”», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 13, septiembre-diciembre de 1992.

¹² J. Jiménez Campo, en «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989.

¹³ «La intervención estatal del pluralismo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, enero-Abril de 1981; «Sobre el régimen jurídico-constitucional de los partidos políticos», *Revista de Derecho Político*, núm. 26, 1988; «Los partidos políticos en la jurisprudencia constitucional», en *Derecho de partidos*, José Juan González Encinar (coord.), Espasa, 1992.

¹⁴ «Notas sobre la protección de la autonomía local frente al legislador en el Derecho español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, mayo-agosto de 1998.

¹⁵ «Sobre el control parlamentario en Comisión», en *Política y sociedad: estudios en homenaje a Francisco Murillo Ferrol*, Centro de Investigaciones Sociológicas, vol. 1, 1987; «Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios», en *Estudios de derecho constitucional y de ciencia política: homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, Universidad de Murcia, 1997.

sas materias que trató en la obra *Temas básicos de Derecho Constitucional*¹⁶, tales como «Estatuto de Autonomía» o «Leyes de armonización», junto a otras que ya había abordado previamente.

Para quienes ya conozcan su obra solo puedo aconsejarles la relectura de unos textos que están llenos de matices y de sugerencias que a veces no se pueden captar en una primera lectura. Se trata de trabajos que abren nuevas perspectivas desde que comienzan a leerse y con un desarrollo que, como ya he indicado, incorpora muchos referentes de diversa naturaleza. Eso hace que la relectura sea también un proceso interesante de descubrimiento de aspectos que quizás habían pasado desapercibidos o que sencillamente costó retener debido a la densidad de la formulación de sus escritos.

Las nuevas generaciones de constitucionalistas, que están comenzando sus investigaciones leyendo los textos de Javier Jiménez Campo, tienen la enorme fortuna de poder construir sobre cimientos muy sólidos. Una gran parte del camino ya está desbrozado y se puede transitar por él con seguridad. En las condiciones tan difíciles por las que pasa hoy la constitución democrática, en un contexto global cada vez más hostil al constitucionalismo, su obra nos ofrece los instrumentos necesarios para ir más allá del mero conocimiento de los datos legales o jurisprudenciales: para pensar y para comprender. Quizás esas nuevas generaciones no encuentren en ella todas las respuestas, pero sí aprenderán a plantear las preguntas.

¹⁶ En Manuel Aragón Reyes y César Aguado Renedo (dirs.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Thomson Reuters-Civitas, 2011.

EL ESTADO CONSTITUCIONAL

REFORMA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA MILITANTE

MANUEL ARAGÓN

Catedrático emérito de Derecho Constitucional

I. Objeto de este trabajo

En el presente trabajo, con el que contribuyo al libro-homenaje que, tan merecidamente, se dedica a Javier Jiménez Campo, lo que vengo a sostener es que existen límites materiales a la reforma constitucional, aunque no estén textualmente expresados, dado que la Constitución no puede ser neutral en relación con determinados principios y valores. Ello, claro está, se corresponde con un presupuesto: creo que para comprender rectamente el significado de la Constitución no basta con la concepción formal de la misma (supralegalidad), aunque sea imprescindible, sino que se requiere también, de modo igualmente necesario, de una concepción material, esto es, de un contenido sin el cual la Constitución deja de ser el instrumento capaz de limitar el poder en beneficio de la libertad. Ese fue su genuino sentido desde los orígenes del constitucionalismo y esa es la finalidad que la norma suprema del ordenamiento jurídico no puede, a mi juicio, abandonar. También se corresponde con una consecuencia: la de que toda democracia constitucional ha de ser, por principio, una «democracia militante» (entendido el término, eso sí, en un sentido ligeramente distinto del que suele usarse).

Soy consciente de que examinar un problema constitucional de la importancia del que voy a tratar, y sobre el que tanto debate se ha producido, exigiría dedicarle una extensión muy superior a la que han de tener los trabajos contenidos en este libro. Por ello debo advertir que lo que sigue es sólo la síntesis de una reflexión que requiere, para su desarrollo, de un estudio más amplio del que ahora le dedico.

II. Los límites materiales a la reforma constitucional

Para explicar las ideas que acabo de enunciar, antes de referirme al concepto material de Constitución, que al fin y al cabo no es sólo presupuesto de los límites a su reforma, sino también consecuencia de ellos, prefiero exponer lo que pienso sobre los esos límites. Y no me refiero a los que algunos llaman límites procedimentales, puesto que, en realidad, ellos no son exactamente límites, sino presupuesto o condición de regularidad jurídica de la reforma. Es obvio que para reformar la Constitución (me refiero a la Constitución escrita y rígida) ha de seguirse un determinado procedimiento que la propia Constitución ha previsto.

No voy a extenderme en este punto acerca de la mayor o menor rigidez de ese procedimiento en el Derecho comparado, aunque, al menos, ha de tener, en todo caso, un grado de dificultad mayor que el exigido para la reforma de las leyes, pues, si así no fuera, la Constitución dejaría de ser rígida para pasar a ser flexible.

Ni que decir tiene que la rigidez constitucional es requerida por el concepto formal de Constitución, como ley superior, como ley fundamental, que, por ello, no puede ser disponible por la mayoría ordinaria que hace las leyes. Sin distinción entre el poder constituyente (ya sea el originario o el producto de la reforma) y el poder constituido, la Constitución no sería Constitución, al quedar huérfana de la garantía normativa (la rigidez) que acompaña a la suprallegalidad. Ello está claro en las Constituciones modernas. Pero incluso también en el ejemplo más señero de Constituciones antiguas, en la Constitución del Reino Unido, en la que, pese a su carácter tradicionalmente flexible, hoy se está introduciendo, cada vez en mayor grado, la idea de rigidez, y por ello, de suprallegalidad.

Lo que interesa para esta exposición, como dije, no son los mal llamados límites procedimentales, sino los auténticos límites: los materiales. A esos efectos, es frecuente distinguir entre Constituciones que imponen límites materiales a su reforma y Constituciones que no los imponen.

Ejemplos muy destacados de lo primero son las vigente Constituciones de Alemania y Portugal, que contienen una amplia lista de materias que se consideran irreformables (por cierto, la de Portugal les llama, precisamente, «límites materiales a la reforma constitucional»). También, aunque con una extensión material menor, pueden citarse, entre otras, las vigentes Constituciones de Francia e Italia.

Ejemplo de lo segundo es la vigente Constitución española o, por citar otro caso, el de la vigente Constitución colombiana, que prevén su revisión sin exclusión alguna de materias. Por cierto, eso, que es lo que ocurre en la mayoría de las Constituciones, no significa, adelanto, que por tal silencio del texto constitucional haya que admitir, teóricamente, una ausencia de límites materiales, pero de ese problema es del que voy a ocuparme a continuación, puesto que constituye el núcleo de las reflexiones que en este trabajo desarrollaré.

III. Los límites materiales como presupuesto de la Constitución

Hace muchos años, a finales de 1980 y primeros de 1990, sostuve en determinados escritos (entre ellos en mi libro *Constitución y democracia*¹) la idea de que la democracia exige la ausencia de límites materiales a la reforma constitucional, precisamente con la finalidad de que el pueblo soberano, esto es, el poder constituyente, pueda seguir siendo libre para autodeterminarse.

Y así, defendí que en la Constitución española, que permite su revisión total (bien que por un procedimiento sumamente agravado), no existían, límites materiales a la reforma, y que ello podría ser valorado positivamente, no sólo por preservar la sobera-

¹ Tecnos, Madrid, 1989.

nía del pueblo, sino también porque suministraba el único argumento legítimo para poder considerar como lícitos a los partidos políticos que pretendieran implantar un sistema abiertamente contrario a los valores y principios en los que la propia Constitución se sustenta, eso sí, siempre que ese cambio radical se realizaran a través del procedimiento constitucionalmente previsto en el art. 168 CE.

La idea era atractiva: hay libertad incluso para los enemigos de la libertad y, en consecuencia, al pluralismo político, limitado, por supuesto, en los poderes constituidos, carecía de límites en el poder constituyente. Más aún, al tener por válidas constitucionalmente las pretensiones de todas las ideas políticas, puesto que su consecución podría obtenerse a través de la reforma constitucional, desaparecía la legitimidad del viejo derecho natural a la rebelión, ya que la revolución podría lograrse, no fuera del Derecho, sino dentro del Derecho mismo. Y de ahí la consiguiente licitud de los llamados partidos antisistema, puesto que no pueden considerarse ilícitas pretensiones cuya consecución sería lícita al estar prevista por el Derecho.

Esta idea ha sido acogida por el Tribunal Constitucional español en múltiples sentencias hasta ahora, en las que ha declarado que nuestra democracia (a diferencia de la alemana) no es una «democracia militante», pues todos los programas políticos pueden ser realizados, con la condición, por supuesto, de que se siga el procedimiento de reforma constitucional establecido.

Con el paso del tiempo, esta idea la he ido abandonando, por razones teóricas y metodológicas. Las segundas (las metodológicas) se refieren a que he adoptado una concepción del Derecho menos «geométrica», y no quiero llamarla menos «positivista» puesto que el positivismo, bien entendido, huyendo de la zafia caricatura con que algunos lo presentan, nunca puede ser expulsado del Derecho como saber y realidad normativos. Si el Derecho no es normativo (cuyas prescripciones contienen reglas, pero también en muchos casos principios y valores) dejaría de ser Derecho, en cuanto que no prestaría una de las funciones principales que el Derecho cumple: garantizar la seguridad jurídica.

Sin embargo, la adecuada comprensión del Derecho, que no es una ciencia exacta (sostener lo contrario es uno de los defectos del positivismo mal entendido), no puede basarse sólo en *l'esprit de geometrie*, sino también, complementariamente, en *l'esprit de finesse*, por utilizar la fértil distinción de Pascal. Dicho con otras palabras, no pueden separarse en el Derecho materia y forma. Sin forma no hay Derecho, pues ya dijo muy bien Rudolf Ihering que la forma en el Derecho es hermana gemela de la libertad y enemiga jurada de la arbitrariedad. Pero sin materia, esto es, sin una concepción también material que tenga en cuenta los fines que el Derecho pretende cumplir, el Derecho puede quedar en un «ente vacío sin sustancia», como se dijo hace ya mucho tiempo por un preclaro jurista, esto es, en una construcción exclusivamente abstracta desligada de la realidad concreta sobre la que el Derecho se proyecta.

Esto no significa en modo alguno que las normas jurídicas carezcan de coactividad, ya que ésta es la indispensable para que pueda haber Estado de Derecho. La acción política no queda fuera del Derecho, al contrario, es válida únicamente si se produce de conformidad con lo que el Derecho establece. El flexible entendimiento de algunas normas, así las que contienen principios y valores, no las despoja por completo de su

condición jurídica, sólo hacen que su interpretación sea más compleja, sin que por ello se elimine su necesaria aplicación.

A ese cambio, llamémosle metodológico, en la comprensión del Derecho se unió, no un cambio exactamente, sino una mayor profundización de la tesis que, sobre el concepto de Constitución siempre había sostenido, basado en que la Constitución no puede ser comprendida más que dentro de una teoría, el constitucionalismo, que le presta su auténtico significado y, por ello, el concepto de Constitución no puede ser sólo formal, sino también material. Dicho en pocas palabras: no puede llamársele Constitución a cualquier texto que lleve ese nombre, de manera que sólo desde un exacto concepto de Constitución puede entenderse y realizarse el Derecho Constitucional.

En esa convicción teórica, debo decirlo, influyó mucho la enseñanza que recibí de mi maestro, Francisco Rubio Llorente, aunque también, en parte, el magisterio de Manuel García-Pelayo. Francisco Rubio nos enseñó, con una sólida argumentación jurídica, y lo cito textualmente, que «no hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es, utilizando una frase que Jellinek aplica, con alguna inconsecuencia, a las “Constituciones” napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional»².

Al fin y al cabo, esa es la idea exacta de Constitución desde los orígenes del constitucionalismo, muy claramente establecida en el famoso artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789: «todo país en el que la división de poderes no está establecida ni los derechos ciudadanos reconocidos, carece de Constitución».

La soberanía nacional como presupuesto, la división de poderes y la garantía de los derechos fundamentales como límites, funcionales y materiales, a la acción del poder, dan el ser a la Constitución, esto es, a una forma de organización del poder que tiene por objeto no «la gloria del Estado», sino «la libertad política de los ciudadanos», como con clarividencia ya advirtió Montesquieu. Por ello, y sigo citando a Rubio, la Constitución no es otra cosa que la forma jurídica de la democracia: en este caso *forma dat esse rei*³. No hay, pues, Constitución «neutral» acerca de los valores y principios democráticos.

De ahí la necesidad de reivindicar esa idea, no sólo por los problemas teóricos y las indeseables consecuencias prácticas de una concepción «neutral» de la Constitución, como ha puesto bien de manifiesto, en el ámbito nacional y europeo, Paloma Biglino Campos en un trabajo reciente⁴, sino también porque, si la Constitución no formaliza

² *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen I, p. 90, 3.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

³ *Ibid.*, pp. XXXV-XXXVI.

⁴ «La indefensión de la Constitución neutral», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 127, enero-abril, 2023, que es un trabajo fundamental para la comprensión, en el marco de la Unión Europea, de la necesidad de concebir un sentido material de la «identidad constitucional». En sentido próximo, cabe citar unos pasajes del artículo de Pedro Cruz Villalón, «Entre proporcionalidad e identidad: las claves de la excepcionalidad en el momento actual», en *ReDCE*, núm. 27, enero-abril, 2017, en los que apunta «la exigencia de construir un arsenal identitario, esto es, un núcleo último de convicciones que no

jurídicamente un determinado modo de ser (democrático) de la comunidad política, deja de ser, sencillamente, Constitución⁵.

En coherencia con lo que acabo de exponer, debo advertir que, de aquí en adelante, cuando utilice en este discurso el término «Constitución», deberá entenderse que me estoy refiriendo a la Constitución auténtica, esto es, a la Constitución democrática.

Por ello, volviendo a la reforma constitucional, debe sostenerse que, si por Constitución únicamente cabe entender la Constitución democrática, y por democracia (en un país con Constitución auténtica) sólo cabe entender la democracia constitucional, la reforma de la Constitución, que está al servicio de mantenerla para adaptarla a nuevas realidades sociales o políticas, puede, obviamente, servir para modificarla de manera parcial o total, pero nunca para abandonarla, esto es, para dar origen a una «no Constitución».

En resumen, mediante la reforma, la Constitución puede cambiarse, pero no destruirse. Por ello, no sólo las Constituciones que, para evitar su destrucción, establecen determinados límites materiales explícitamente (e incluso a veces implícitamente, deducibles de la interpretación de algunos de sus preceptos), sino toda Constitución auténtica, ha de tener limitada, materialmente, su reforma, aunque esos límites no estén contenidos en el texto constitucional.

Debo advertir que algunas de las ideas que he venido exponiendo sobre los límites materiales a la reforma constitucional, y que han supuesto un cambio de lo que sostuve hace más de treinta años, no las acabo de expresar ahora *ex novo*, sino que las he ido adelantando poco a poco en momentos anteriores, especialmente, y por citar los más recientes, en mi trabajo sobre «Constitución y Corona» elaborado en 2021 y publicado en 2022⁶, en la ponencia que, sobre «El populismo y sus efectos en el ámbito constitucional», he presentado en la «Jornada Constitucional», organizada por Tribunal Constitucional de la República Dominicana y celebrada en Santiago de los Caballeros los días 12 y 13 del pasado mes de octubre, y finalmente, en mi discurso pronunciado el 21 de noviembre pasado en la Universidad Externado de Colombia con motivo de mi investidura como doctor *honoris causa*. En tales exposiciones estas ideas fueron ya expresadas, pero no con la densidad que requerían, lo que, aunque sea de manera breve, hago ahora al examinar en el presente trabajo los límites materiales a la reforma constitucional.

debieran ceder ante las contingencias [...]. La identidad constitucional, así concebida, debería marcar “las líneas rojas” [...] a partir de las cuales se extiende el territorio de lo “crucial” [...]. Según este punto de vista, y pese a todas las dificultades reales, es urgente que se genere un consenso sobre lo que esté fuera de discusión, incluso en momentos de crisis, sin poner en peligro nuestra identidad, sea la nacional o la europea».

⁵ La tesis de que la Constitución ha de albergar un sentido material y, en consecuencia, que la democracia constitucional no es sólo procedimental, sino también sustantiva, la vengo sosteniendo desde hace muchos años, me remito, entro otras obras, a «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, enero-abril 1987, pp. 37 a 49, y a *Constitución, democracia y control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002, pp. 103 a 115.

⁶ *España: una democracia parlamentaria. Libro homenaje al profesor Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa*, Universidad Pontificia de Comillas, 2022.

No voy a extenderme sobre los llamados límites materiales implícitos que podrían deducirse de la interpretación de determinados preceptos de una Constitución concreta, hipótesis que no puede rechazarse, pero que exige una muy cuidadosa exégesis para evitar soluciones arbitrarias. A lo que voy a referirme es a los límites materiales derivados del concepto mismo de Constitución: los que he llamado en alguno de mis escritos más recientes, no sé si con fortuna, límites «ontológicos», en cuanto que se derivan del concepto mismo de Constitución y que, por ello son generales, predicables de toda Constitución auténtica, esto es, de la Constitución democrática, como no me importa repetir.

IV. La unidad de la nación y la democracia como límites materiales «ontológicos» a la reforma constitucional

El primero de esos límites es el de la unidad de la nación, unidad que no sólo es consecuencia de la Constitución, sino también el presupuesto de ella, en cuanto que la Constitución nace precisamente de la voluntad (única) de una nación preexistente. Si este límite se quebranta, la Constitución deja de existir, ya que, sin un soberano único, a cuya voluntad quepa imputar el poder constituyente (y por supuesto, el poder de reforma), desaparecen la Constitución y el Estado constitucional.

De ahí que, si bien cabría incluso admitir que, mediante la reforma constitucional, la nación pueda quedar reducida en su ámbito demográfico y territorial, lo que no cabría de ningún modo es que la Constitución producto de la reforma no garantice la unidad de esta nueva nación. Por ello, el derecho de autodeterminación atribuido a parte de la nación, que no puede estar garantizado en ninguna Constitución auténtica, tampoco, por ello, podría ser garantizado mediante la reforma constitucional, pues supondría que en esa nueva Constitución se habría roto la unidad de la soberanía. De ahí, añadido, la radical incompatibilidad de la Constitución, o del Estado constitucional, con la confederación o el Estado plurinacional.

Es cierto que, como acabo de apuntar, la afirmación de que mediante la reforma podría modificarse el ámbito demográfico y territorial de la nación puede ser algo perfectamente discutible. No sólo porque tropieza con el problema lógico, general, de si la nación puede disponer de sí misma, sino porque puede suceder que una Constitución particular, y ese es al caso de la española, haya proclamado que la nación que dio origen a la Constitución es «indisoluble» y que tal «indisolubilidad» constituye «*el fundamento*» de la propia Constitución, que es lo que dice, literalmente, el artículo 2 de la vigente Constitución española. En tal caso podría argumentarse que en esa declaración de indisolubilidad se encuentra un límite implícito (o incluso expreso) a la reforma constitucional. De manera que la secesión territorial no sería posible mediante la reforma constitucional. Que es también lo que sucede, por ejemplo, en Francia.

De manera que, en lo que se refiere a la Constitución española, cabría sostener, aunque también debatir, que la «indisolubilidad» de la nación y, por ello, la imposibi-

lidad de secesión territorial, supone un límite material a la reforma, como ha sostenido fundadamente Ignacio González García en un libro de reciente publicación⁷.

De todos modos, sobre ese problema específico, referido a una concreta Constitución que, explícita o implícitamente, contuviese una cláusula de intangibilidad territorial y que plantea, entre otras, la cuestión, sumamente delicada, de la posible ilicitud de los partidos políticos independentistas, no voy a extenderme, y no por huir de la complejidad, algo que un jurista que se precie nunca debe hacer (prueba de ello es que lo he tratado en alguna publicación), sino porque me desviaría del objeto central de mi exposición, que no es otro que el de los límites ontológicos que se predicán de la Constitución en general, es decir, de cualquier Constitución, y no sólo de una Constitución concreta. Y ese límite ontológico, y no me importa repetirlo, es el de que por la reforma constitucional no cabría admitir que se estableciera una nación dividida, pues sin la unidad nacional no hay Constitución.

Paso al otro límite material ontológico a la reforma constitucional. Ese no es otro que la democracia, esto es, la democracia constitucional, y su existencia también se deriva del concepto de Constitución. Si se parte, como he dicho, de que no hay más Constitución auténtica que la Constitución democrática, el abandono de la democracia mediante la reforma Constitucional no sería modificar la Constitución, sino destruirla, esto es, adoptar una «no Constitución». Por ello, en ese caso, la reforma, en lugar de haber servido para mantener, adaptándola, o revisándola, a la Constitución, lo que hubiera servido es para aniquilarla.

Esta afirmación no se basa en el socorrido argumento lógico de que la democracia no puede destruirse a sí misma por procedimientos democráticos, que es un razonamiento abstracto contradicho, de *facto*, por la realidad histórica y comparada, sino en el argumento jurídico de que la democracia constitucionalizada, esto es, juridificada, no puede servirse del Derecho para convertirse válidamente en dictadura.

Debo aclarar que este «otro» tipo de límite ontológico del que ahora estoy hablando está enlazado, necesariamente, con el anterior al que antes me había referido, pues la unidad de la nación (compuesta por un conjunto de ciudadanos libres e iguales en derechos) ha de tenerse, conceptualmente, como condición de la democracia (no me importa repetir, de la democracia constitucional). De manera que sólo a efectos sistemáticos los estoy tratando separadamente. Dicho ello prosigo con mi exposición.

Como ya dije más atrás, de la concepción no sólo formal, sino también material, de la Constitución se deriva, inexorablemente, que la democracia es una condición existencial de la Constitución misma y, por ello, un límite material absoluto frente a su reforma.

La Constitución no es forma sin sustancia y, por ello, Constitución y democracia no pueden desligarse. Si se abandona la democracia se abandona la Constitución. Esta idea, que es, además, sustancial para comprender debidamente el concepto de Constitución, está admirablemente desarrollada, como ya he dicho, en la obra escrita del profesor Rubio Llorente.

⁷ *La indivisibilidad de la nación: límite expreso a la reforma de la CE 1978*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Por ello, ese límite del que ahora estoy tratando, el de la conservación de la democracia (como el anterior, el de la conservación de la unidad de la nación), no requiere estar expresamente previsto en el texto constitucional.

A partir de ahí, el problema que entonces se plantea es el de la eficacia jurídica de tales límites materiales. La Constitución es Derecho porque todas sus prescripciones han de gozar de coactividad, esto es, de un control jurídico capaz de sancionar su incumplimiento y anular el acto inválidamente producido. Lo que significa que ha de existir, necesariamente, un control jurídico de la reforma constitucional. Sería, por demás, absurdo, que una de las partes nucleares de la Constitución, la que regula su propia reforma, careciera de naturaleza normativa, que es lo que sucedería si la reforma constitucional no fuese jurídicamente controlable.

Ese control, en el caso de la reforma constitucional, ha de corresponder, indudablemente, por principio, a la jurisdicción constitucional, pues su cometido es precisamente el de preservar, jurídicamente, el cumplimiento de la Constitución.

Es cierto que no en todos los ordenamientos constitucionales está previsto expresamente el control jurisdiccional de la reforma constitucional. En algunos, como el de Colombia, sí lo está, pero referido sólo a verificar que se han cumplido el procedimiento de la reforma, tal como dispone en art. 241.1 de esa Constitución. En otros, como es el caso del ordenamiento constitucional de los Estados Unidos, aunque el texto de la Constitución no lo dice, el control del procedimiento de reforma ha sido reconocido por la propia jurisprudencia a partir de la de la temprana Sentencia del Tribunal Supremo *Hollingsworth v. Virginia* de 1798. De todos modos, y hablando con carácter general, no cabe duda en que el control procedimental de la reforma se desprende del carácter normativo de la Constitución, se encuentre o no previsto expresamente en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la teoría constitucional, que no se detiene sólo en el carácter normativo formal de la Constitución, sino que también ha de tener en cuenta el carácter normativo material de la misma, exige que el control de la reforma constitucional no se reduzca sólo a comprobar la regularidad del su procedimiento, sino también la licitud de su contenido. Algo que, por cierto, que ya han apuntado, en su jurisprudencia, tanto el Tribunal Supremo norteamericano como el propio Tribunal Constitucional colombiano y algunos Tribunales Constitucionales europeos (al margen de que el texto constitucional contenga o no cláusula de intangibilidad), pues, de lo contrario, no se garantizarían las dos características inherentes al concepto de Constitución: la unidad de la nación y la democracia. Y ello es así porque, si únicamente se controlase el procedimiento de la reforma, no podría evitarse la posibilidad de que, aun siguiéndolo, dichas características fueran destruidas.

No hace falta mucho más para argumentar la necesidad del control material, además del procedimental. La democracia no es sólo procedimiento, sino también materia, esto es, principios y valores sin los cuales la democracia desaparece.

Por ello, la jurisdicción constitucional, que tiene por objeto la preservación de la Constitución, ha de tener potestad para cumplir ese cometido, esto es, para garantizar que la Constitución, aunque se modifique, no se destruya. De tal manera que aun en los países donde ni la Constitución ni su legislación de desarrollo atribuyen explícita-

mente esa competencia de control formal y material a la jurisdicción constitucional (como sucede, por ejemplo, en España) dicha competencia ha de considerarse, necesariamente, como una potestad implícita del órgano jurisdiccional supremo que tiene atribuida la defensa de la Constitución. Además, en España, esa laguna cabría colmarla apelando al principio general establecido en el art. 9.1 CE, y utilizando, para el ejercicio procesal de dicha competencia implícita, la analogía con lo dispuesto (recurso y cuestión de inconstitucionalidad) en el arts. 161.1 y 163 CE.

Como es bien sabido, la teoría de los poderes implícitos sólo se proyecta, naturalmente, sobre el órgano constitucional que posee la «competencia sobre las competencias», de manera que, respecto de él, no cabe sostener que únicamente tenga las competencias expresamente atribuidas, sino también las demás que sean necesarias para el ejercicio fiel de la función que la propia Constitución le encomienda. Y ello es aplicable, sin duda, al tribunal que tenga como función la suprema interpretación y la suprema preservación de la Constitución y que, por ello, la de delimitar o controlar las competencias de los demás poderes del Estado, entre ellos, el poder de reforma constitucional.

No debo ocultar que la constatación jurisdiccional de que se han traspasado los límites materiales de la reforma constitucional es una tarea que ha de ejercerse con rigor, para evitar excesos de activismo judicial. En lo que se refiere al límite de la unidad de la nación, esa tarea no es difícil, dado el sentido constitucionalmente claro que esa unidad tiene. Pero en cuanto al límite de la preservación de la democracia, sí que ha de utilizarse un sentido restrictivo de la misma, basado en los dos ingredientes, o «contenidos esenciales», de la democracia constitucional: la división de poderes (que incluye, obviamente, la independencia judicial, consustancial al Estado de Derecho) y la garantía de los derechos fundamentales.

Es únicamente en este punto, el del control jurisdiccional de la exigencia de límites materiales a la reforma de la Constitución, en donde, realmente, me separo de la posición que había adoptado en mi libro *Constitución y democracia* de 1989⁸. Allí, partiendo del mismo concepto de Constitución que siempre he defendido, se llegaba, sin embargo, a una conclusión distinta, en cuanto a sus efectos jurídicos, de la que ahora sostengo. Entonces pensaba que, en España, el abandono de la Constitución (a través de una reforma que, por el procedimiento del art. 168 CE, destruyera la democracia) no sería teóricamente legítimo, pero sí jurídicamente válido. Ahora, un entendimiento sustantivo y no meramente procedimental del Derecho Constitucional (en el que la teoría constitucional no puede separarse de la dogmática constitucional) me conduce a sostener que tal reforma «debería» considerarse también jurídicamente inválida y, por ello, jurisdiccionalmente controlable.

V. Pluralismo político y democracia militante

Me adentro ya en la parte final de mi exposición, dedicada a las consecuencias que, para el pluralismo político, puede tener la tesis que he venido sosteniendo de que

⁸ Ya citado.

existen límites materiales a la reforma constitucional. La pregunta, inevitable, que a estos efectos ha de hacerse es: ¿puede la Constitución (cualquier Constitución auténtica, insisto) permitir las ideologías que, vulnerando esos límites, abiertamente propugnen destruir la unidad de la nación o la democracia? La respuesta más simple podría ser que no, ya que, por exigencias teóricas de principio, no podrían considerarse lícitas aquellas pretensiones cuya consecución sería ilícita.

Sin embargo, tal respuesta no resulta enteramente satisfactoria desde el punto de vista dogmático, ya que el problema no es simple, sino complejo, y para tratarlo creo hay que diferenciar dos planos: el de la libertad ideológica y el de la organización del Estado. Distinción exigida por el equilibrio, necesario, entre el pluralismo político y la protección institucional de la Constitución.

Por ello, en el plano ideológico, no debieran, a mi juicio, considerarse ilícitas aquellas ideologías que propugnen la destrucción del propio sistema constitucional, en cuanto que, si se restringiera la libertad ideológica, se estaría negando el principio general de libertad individual que es una de las bases de cualquier Constitución. En cambio, esa libertad subjetiva de expresión y de propuesta no cabe admitirla en el plano, objetivo, de las decisiones institucionales, de manera que no puede considerarse lícito que las instituciones que concurren en el ejercicio del poder de reforma avalen una que suponga la destrucción de la misma Constitución.

Como dije antes, en el plano ideológico debe haber libertad de opinión incluso para los enemigos de la libertad, pero no puede haber libertad de actuación para que esos enemigos de la libertad utilicen el poder público destruyendo, desde dentro, al propio Estado constitucional.

Se me podría decir que ello conduce, no a una libertad, sino a una mera tolerancia de las ideologías antidemocráticas. No lo creo así, puesto que la libertad en ese caso no está restringida, salvo, como es obvio, que a través de ella se delinca. Y no hablo sólo de los delitos ordinarios que penalizan las calumnias, las injurias, o la utilización de la violencia, por ejemplo, sino también de los extraordinarios que penalizan la alteración (con violencia o sin ella) de la Constitución sin seguir el procedimiento establecido para su reforma. Ya Kelsen nos advirtió, certeramente, que, si así se hiciera, ello habría que calificarlo, jurídicamente, como un golpe de Estado. Esta protección penal de la Constitución está prevista, o debe de estar prevista, en cualquier Estado constitucional y democrático de Derecho⁹. Me he referido sólo al plano del Derecho Penal, no al del Derecho Constitucional, en el que la respuesta a la destrucción de la Constitución siguiendo el procedimiento previsto para su reforma no debe consistir en la incriminación de sus autores, sino en la invalidez de esa destrucción.

Las reflexiones que anteceden conducen a un tema estrechamente enlazado con todo lo que hasta aquí se ha venido exponiendo: el de la «democracia militante», término acuñado, como se sabe, por la doctrina y la jurisprudencia alemanas. Si por «militante» se entiende la proscripción de cualquier ideología contraria a la democracia,

⁹ Cuestión que nos conduce a un principio constitucional desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina alemanas: el de la prohibición de defecto de incriminación, en cuyo detalle ahora no es necesario entrar.

ya he dicho que no puedo estar de acuerdo. Distinto es el caso si por militante se entiende que no puede permitirse, jurídicamente, que las instituciones del Estado destruyan a la propia democracia, algo que, como he dicho más atrás, me parece perfectamente coherente.

En este plano institucional me atrevo a afirmar que toda democracia, por principio, ha de ser una democracia militante. Así lo ha entendido, en sus declaraciones, el Consejo de Europa e incluso, en determinadas resoluciones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, con todo rigor, han reconocido que las Constituciones no pueden ser neutrales en relación con la democracia y el Estado de Derecho¹⁰.

No efectuar aquella distinción, a la que antes aludí, entre la libertad ideológica y el plano institucional, conduce a un defectuoso entendimiento terminológico, que no genera más que confusión. Y ello ha ocurrido, a mi juicio, en la doctrina del Tribunal Constitucional español, cuando, reiteradamente, ha declarado que la democracia española es una «democracia no militante», porque permite que, mediante la reforma constitucional, puedan conseguirse todos los objetivos políticos que se pretendan. Ello, teóricamente, no puede ser así.

Quizás, para evitar ese defecto, y esto lo digo con carácter general, y no sólo referido a España, lo que proceda es abandonar la discutible terminología de la «democracia militante», que me parece políticamente confusa y jurídicamente imprecisa, para utilizar otra más cierta y segura, la de la «democracia resistente». A mi juicio, toda democracia constitucional ha de ser una democracia jurídicamente resistente, de modo que, aunque no restrinja la libertad ideológica, sí que ha de impedir, válidamente, que los poderes del Estado destruyan a la propia democracia.

VI. Conclusión

En los tiempos actuales, la democracia suele perecer, no tanto por su toma al asalto, sino por su falseamiento, esto es, por la inaplicación de la Constitución o por la destrucción, desde dentro, de su significado y sentido. Muchas veces ni siquiera reformando el texto constitucional, sino pervirtiéndolo a través de desleales actuaciones de los poderes públicos, tanto del ejecutivo como del legislativo y el judicial. Otras veces incluso reformando la Constitución para destruirla.

Por ello, en estos tiempos de cierta y grave crisis del Estado constitucional y democrático de Derecho, originada por los populismos, la demagogia, la erosión de las instituciones, la extrema polarización política, la falta de ejemplaridad de muchos dirigentes políticos y el descuido culpable del Estado en promover la igualdad y el progreso social, resulta necesario que el Derecho Constitucional no permanezca en silencio y denuncie con fuerza y rigor las amenazas que recibe la forma de organización

¹⁰ Al menos, las Constituciones de los Estados miembros y la «Constitución» (así se la puede llamar, aunque no esté formalizada nominalmente como tal) de la propia Unión, dado lo que establece el art. 2 del Tratado de Lisboa. Para mayor desarrollo de este asunto me remito a mi trabajo «La identidad constitucional de los Estados miembros y la identidad constitucional de la Unión Europea», en el libro-homenaje a Gregorio Cámara, de próxima publicación.

política más justa y eficaz que la civilización hasta ahora ha producido: la democracia constitucional. Una democracia, por supuesto, que debe mejorarse, e incluso reformarse, para que sea verdaderamente efectiva, pero que, de ninguna manera, debe destruirse.

Y esa labor de defensa teórica de la democracia constitucional me parece que ha de realizarse recordando cuáles son los cimientos de ese sistema sin los cuales, inevitablemente, perece. A uno de esos cimientos, al de determinados límites materiales a la reforma constitucional, he dedicado el presente trabajo, en el he defendido que toda Constitución tiene esos límites, aunque no estén reconocidos en su texto, explícita o implícitamente, como cláusulas de intangibilidad.

Por supuesto que lo que aquí sostengo puede ser aceptado o no; yo al menos he pretendido fundarlo en razones que, eso sí, considero sólidas. Una de ellas es que del concepto auténtico de Constitución forman parte dos características que le son consustanciales: la unidad de la soberanía nacional y la democracia, términos que están, además, estrechamente enlazados, de manera que, en buena teoría constitucional, han de entenderse como copulativos y no como disyuntivos. Sin esas características no hay Constitución, sino, y vuelvo a citar al profesor Rubio Llorente, «mero despotismo de apariencia constitucional». La otra razón es que el Estado de Derecho es requisito indisociable de toda Constitución auténtica, y ello significa que el Derecho no puede servir nunca de cobertura para destruirla.

El Estado constitucional democrático ha podido abolirse por medio de la fuerza, de lo que, lamentablemente, hay sobrados ejemplos históricos. También ha podido abolirse por su falseamiento desde las propias instituciones, lo que ha sucedido actualmente en algunos países, como todos sabemos. Incluso podría abolirse mediante una reforma que, aunque destructora de la Constitución, se haya producido siguiendo formalmente el procedimiento establecido y esté avalada incluso por la voluntad popular. No olvidemos que, como dijo un gran historiador británico, muchas veces las naciones no mueren por débiles, sino por viles. Pero los constitucionalistas no podemos legitimar que tales aboliciones puedan producirse válidamente por medio del Derecho.

Que ese firme rechazo es una obligación que, como juristas, debemos cumplir si no queremos traicionar las bases teóricas en las que nuestro propio saber constitucional se sustenta, puede ser la conclusión resumida del presente, y sucinto, trabajo.

LA DIALÉCTICA NACIONALISTA¹

JUAN JOSÉ SOLOZABAL

Catedrático emérito de Derecho Constitucional

I. Planteamiento general

Sobre lo que voy a tratar efectivamente es sobre la cuestión nacionalista, ofreciendo cuatro cuadros o viñetas donde el argumento nacionalista tiene su protagonismo. Pero en la época de la globalización, diríamos preliminarmente, ¿Cómo nos atrevemos a hablar de nacionalismo? ¿Tiene algún sentido el nacionalismo cuando la mundialización está afectando la idea de Estado como poder soberano? Sufre al tiempo, de otro lado, la idea de Constitución, disminuye la normatividad constitucional, y se reduce la exclusividad que quiere el nacionalismo, pues hay una competencia de diversas lealtades. Estamos entonces ante una paradoja a la que hay que dedicar cierta atención.

El segundo cuadro trataría de explicar el éxito, a pesar de sus dificultades obvias, del Estado autonómico en relación con un tratamiento que parece adecuado de los problemas nacionalistas en España. Habría de contraponerse en el momento de la Transición, cuando se establece el diseño de la Constitución, el nacionalismo español, que bebe claramente de Ortega fundamentalmente, y unos nacionalismos territoriales templados que, insisto en el momento de la Transición, no plantean demandas soberanistas pero que exigen que la descentralización vaya en serio. Ese nacionalismo español muy orteguiano no es un nacionalismo agresivo, según unas pautas formuladas de modo muy claro por Francisco Rubio. Francisco Rubio efectivamente llama la atención sobre lo que podríamos llamar una Constitución subyacente al pacto constitucional que está integrado por el acuerdo sobre la monarquía y del que forma parte también este compromiso tácito entre nacionalismos.

El tercer cuadro se ocupará brevísimamente del bastidor del modelo que es la caracterización constitucional de la nación y las nacionalidades y regiones. La base nacional tiene dos momentos, un momento unitario que es la nación española como titular del poder constituyente necesariamente soberana e indivisible. No se parte, por tanto, como ha visto muy bien el Tribunal Constitucional, de un pacto de diversos sujetos. La soberanía de la que se habla es la soberanía de los ciudadanos, esto es, la soberanía de los que están sujetos a las mismas leyes y tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones, pero con una nota fundamental que es el calificativo nacional.

¹ Reformulo aquí planteamientos que he propuesto en diversas ocasiones. Así en la de una sesión homenaje en memoria de Eliseo Aja (Véase la intervención en la web del Instituto de Derecho Público) o alguna intervención conmemorativa en la Fundación Giménez Abad, también accesible en su web.

Esa soberanía del pueblo, de los ciudadanos, de la generación viva, es una soberanía nacional. Entonces un jurista positivo ha de explicar tal idea de nación, como comunidad transgeneracional, que habla por boca del cuerpo electoral, que es el soberano efectivamente, esto es, la generación viva, pero que tiene que dar cuenta de lo que la nación ha sido con anterioridad, y reparar también en lo que se va a dejar a los que vienen después, a la generación futura.

La idea de nación constitucional ha de atender asimismo a su momento, de otro lado, plural. Se trata de referirse a lo que son las nacionalidades y regiones, a lo que se llama en el Preámbulo constitucional los Pueblos de España, su base sociológica o cultural. Estas comunidades territoriales no disponen de soberanía sino de otro poder, que es limitado y derivado. Se trata de la autonomía que se expresa por medio del Estatuto, y que no denota poder originario y se remite a un conjunto más amplio que es el todo constitucional, con unas relaciones con el mismo muy interesantes, especialmente, desde un punto vista jurídico.

El cuarto cuadro se plantea la cuestión de la capacidad de integración del federalismo como tratamiento institucional de las tensiones nacionalistas. Se trata de ver si ha resultado exitosa la fórmula autonómica, como tratamiento de los conflictos nacionalistas en el Estado español. ¿Son aplacables de algún modo los choques entre el nacionalismo constitucional de Estado y los nacionalismos concurrentes? ¿Es suficiente el reconocimiento que nuestra forma federativa (Azaola) puede ofrecer a los nacionalismos territoriales, después de todo disputadores de la lealtad política que demanda el nacionalismo de Estado? Ciertamente las relaciones de los nacionalismos con el federalismo son bastante problemáticas, pues las credenciales del federalismo son más democráticas que identitarias. El federalismo funciona mejor en países sin problemas de identidad y así es más sólido efectivamente el federalismo americano que el de Bélgica o que el de Canadá. Esto no quiere decir que en el plano de la realidad, la fórmula autonómica no haya tenido capacidad integradora. Podríamos conceder que hasta la crisis estatutaria catalana de 2006 el juego de los nacionalismos en el sistema autonómico ha sido aceptable. Más aun, podríamos afirmar que si la descentralización territorial ha ido en serio, en buena medida se debe a las demandas de los gobiernos con base nacionalista, ya se hayan atendido o se hayan rechazado por el Tribunal Constitucional. En cualquier caso, las solicitudes de descentralización han provocado lógicamente la emulación del resto de las Comunidades Autónomas.

II. Primer cuadro: nacionalismo y globalización

Empezaríamos efectivamente por dar cuenta de esa situación que supone la globalización². Si algo significa la globalización, como proceso que conoce diferentes fases y

² Véase, F. Rubio, «El constitucionalismo contemporáneo», recensión al libro de A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 105, 2015. A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, 2014. D. Grimm, «The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World», en P. Dobner, y M. Loughlin (ed.), *The twilight of Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2010. J. L. García Guerrero «Constitucionalizando la

que adquiere una profundidad y generalidad también variables, es la ampliación del espacio político en donde las credenciales del Estado nacional y la penetración de los argumentos nacionalistas tienen una significación declinante. Es decir, con la globalización el espacio político se amplía y hay una merma, sin duda, de la soberanía.

Para empezar, sucede que los Estados no responden al modelo westfaliano, pues están sujetos ante determinados comportamientos a la intervención de las Naciones Unidas, aunque el riesgo que esta se produzca no deja de depender, según se trate de los miembros del Consejo de Seguridad o no; y aún pueden ser demandados por los propios ciudadanos ante instancias jurisdiccionales internacionales o propias. Son Estados debilitados que se encuentran fuera del horizonte propio de las monarquías absolutas. Y por lo que hace a su cara interna, la soberanía estatal sufre en el caso de los supuestos de integración, en los que el Estado pierde el monopolio del poder público. En suma, se ha superado el espacio territorial delimitado y se produce la debilitación del Estado como poder público soberano.

Declina la misma idea de Constitución como regulación exhaustiva de lo público y se produce una simultaneidad concurrente inevitable, si se repara en el proceso simultáneo de la desconstitucionalización del Estado nacional y la aparición para las organizaciones transnacionales de regulaciones de gobernanza cuasi constitucionales. Claro que se trata de regulaciones que carecen de las notas de exhaustividad y que además ni son democráticas ni recurren a la legitimación nacionalista.

En efecto, por lo que hace a la nota de exhaustividad es evidente que muchas de las organizaciones de que hablamos no tienen un propósito sino solo parcialmente político. Aunque no se puede negar la relevancia constitucional de estas regulaciones, pues afectan con su ocupación normativa a las constituciones nacionales cuyas actividades a su vez limitan y erosionan. Las deficiencias democráticas de estas regulaciones se reflejan en su origen y tienen un diferente alcance según hablemos de las integraciones, las organizaciones internacionales o las organizaciones transnacionales.

Las falencias democráticas de estos órdenes políticos se compensan en parte a través de la intervención en su constitución y funcionamiento de los Estados nacionales y también por la existencia, en su caso, de la oportunidad por estos últimos de abandonar dichas instancias. Estos órdenes normativos tampoco remiten a un tipo de justificación de tipo nacional o lo hacen de modo peculiar. Como es obvio la referencia nacional no existe en los simples acuerdos internacionales o en los niveles bajos de integración, cuando el propósito de las uniones es un objetivo limitado o la unión se establece con un carácter temporal. La justificación espiritual sí puede darse en las integraciones de carácter más general y permanente, y debe advertirse que no tiene por qué presentarse como incompatible con la legitimación de los sistemas constitucionales nacionales, como si existiese una relación de suma cero entre la fuerza de la vinculación propia del nivel nacional y el plano de la integración ulterior o compartida. Esto es así porque puede entenderse que la integración se lleva a cabo para la consecución más plena de los objetivos espirituales de la Constitución nacional y los del orden

globalización», en *Constitucionalizando la globalización*, J. L. García Guerrero y M. L. Martínez Alarcón (ed.), Tirant lo Blanch, vol. I, Valencia 2019.

político superior, que en realidad son los mismos, por ejemplo, la protección de los derechos fundamentales o el Estado de Derecho en el caso de la Unión Europea, como lo prueba el compromiso contenido en el Tratado de Lisboa de la Unión de respetar la identidad constitucional nacional de los Estados integrantes.

En resumidas cuentas, el panorama que ofrece el horizonte de la globalización desde el punto de vista constitucional es el de una conjunción de elementos o sucesos que, aunque aislables entre sí en virtud de procesos perfectamente identificables, acaban en una situación que asume los caracteres típicos de las épocas de transición. Es cierto que los Estados nacionales se ven debilitados en algunas de sus notas fundamentales como sujetos que ya no tienen el monopolio del poder público sobre un determinado territorio, imponiendo un dominio sin rival tanto en el interior como en el exterior; que su orden jurídico ha sufrido una erosión indudable, pues consiste en una regulación incompleta y sin auténtica supremacía; y que la lealtad nacional de los ciudadanos puede quedar debilitada por la competencia de vínculos políticos rivales. Pero es cierto también que el orden normativo de la globalización no tiene todavía títulos suficientes para imponerse al viejo constitucionalismo y que en realidad debe su viabilidad institucional y legitimatoria al concurso del Estado nacional, que es una estructura política que se resiste a perecer o a ser sustituida, y que, por el contrario, muestra una capacidad de permanencia innegable.

En efecto, ha de subrayarse que se están haciendo contribuciones de interés al estudio de la globalización o lo descrito en términos generales como derecho de la integración³. Lo primero que se constata es que desde un punto de vista jurídico el prisma progresivamente utilizado es el derecho constitucional frente al del derecho internacional que predominaría en las primeras fases de este tipo de procesos. Se identifican efectivamente las diversas manifestaciones de la integración, en razón de su objeto y su complejidad, pudiendo estar ante diferentes organizaciones, así una zona de libre comercio, uniones aduaneras, Mercado Común y uniones económicas; y sus características, según se aprecien en tales organizaciones elementos intergubernamentales o de supraestatalidad. Interesante es reparar en la generación de las figuras de integración, ya sea por imitación o por confrontación; y conviene advertir que la condición del proceso de las integraciones no necesariamente debe concluir en su expresión más perfecta.

Resulta muy útil el recurrir a la teoría general de la integración, reparando especialmente en las relaciones de inordinación (García Pelayo) que se producen en su seno, para, en primer lugar, establecer la diferencia de la integración y las formas políticas complejas como son la Confederación y la Federación; ha de admitirse, en segundo lugar, que la consideración de las relaciones de inordinación en las integraciones es útil para explicarse determinada fenomenología que puede darse en la situación de los estados miembros en la Federación.

³ Me refiero especialmente a los trabajos llevados a cabo en la Facultad de Derecho de Albacete (Castilla La Mancha) por un equipo liderado por el profesor José Luis García Guerrero. El último fruto del grupo es la tesis de Miguel Ángel Sevilla, en trámite de publicación, intentando una caracterización general de las organizaciones económicas, cuyas conclusiones acojo en el texto.

En efecto, las integraciones no se identifican con los Estados federales, pues su base es el tratado internacional, la soberanía reside en los Estados, y no requieren necesariamente Justicia constitucional; conocen en cambio la expulsión y separación, pero no aceptan la coerción federal. Sin embargo, tales organizaciones tampoco se solapan con las Confederaciones, aunque su base sea internacional, su derecho no sea inmediatamente aplicable y tengan un propósito limitado.

Son interesantes las lecciones que, especialmente en el caso del derecho de integración, pueden deducir los estados miembros de una Federación de las relaciones de inordinación. Los Estados federales desconocen algunas instituciones de inordinación, de modo que la visión del Estado federal como integración por excelencia no cubre todos los instrumentos de la integración: así relaciones intergubernamentales, acuerdos financieros o bancos centrales, derecho de retirada o nombramiento de cargos en la organización (Miguel Ángel Sevilla).

En un momento de generalización de la integración, en paralelo a la mundialización imparable de los procesos sociales y económicos, es útil acercarse desde la teoría general a fenómenos como los límites constitucionales de la integración, el control del derecho de la integración o la facultad de retirada o la secesión a instancias de los integrantes de la organización, por no hablar, por ejemplo, del futuro de la Unión Europea como megaestado u otro tipo de integración.

III. Segundo momento: las razones del éxito de la fórmula autonómica

Creo que el Estado autonómico español es un logro conseguido entre las exigencias de la unidad y de la pluralidad por tres razones que se pueden exponer de manera breve. *En primer lugar*, el diseño constitucional del Estado autonómico responde a lo que había sido la mejor reflexión española sobre lo que se llamaba el problema regional, aludiendo a Azaña, que subrayaba la necesidad de respuesta de la descentralización a los problemas identitarios, y a Ortega, que veía la reforma territorial como una ocasión para la modernización de España. La consideración de los precedentes ideológicos nos lleva sobre todo a Ortega. Ortega, cuya insistencia en el rol de liderazgo de Castilla en la formación de España es bien discutible, lo que podríamos llamar su perfil castellanoista, ofreció un fundamento no identitario, como había hecho Azaña, a la autonomía territorial, y captó la dimensión igualitaria de ésta, lo que le impelió a demandar su generalización. Ortega sagazmente adelantó una justificación funcional a la descentralización y anotó la dimensión emocional, hoy diríamos cultural, del problema regional español. El nacionalismo, así creo que debe entenderse su conocida tesis sobre la «conllevarza» del problema catalán, debía tratarse con cuidado y cierta actitud contenida, pues la insistencia en su integración puede interpretarse como designio de asimilación, y así resultar contraproducente.

Si se trata de profundizar en la idea orteguiana de la política, habría que referirse a su idea de Constitución y su propuesta sobre la organización territorial del Estado. El marco mental en que se sitúan estas piezas es el raciovitalismo y el perspectivismo. La trascendencia del pensamiento político de Ortega radica en su activismo y optimismo.

Se ve claramente que son extraordinarias las potencialidades de la filosofía vital orteguiana a la hora de asumir la modernización española, evitando el conservadurismo reaccionario o la salvación del casticismo (Restauración y Generación del 98, respectivamente).

Por lo que hace al perspectivismo, como el otro vector importante de la filosofía de Ortega para comprender su pensamiento político, debemos destacar dos importantes efectos. Primero, la moderación en el análisis. Y, en segundo lugar, si hablamos de la discusión política, la riqueza y complejidad del resultado final del examen, que aborrece del simplismo obligado de la unilateralidad.

Decía que el pensamiento político de Ortega podía esquematizarse en torno a su idea de la Constitución y su propuesta de una organización territorial descentralizada. Si atendemos a lo que Ortega nos dice en *La redención de las provincias*, 1927, la Constitución responde a la idea de la generación de la política en un determinado momento, en la ocasión constituyente. No cuesta, en primer lugar, integrar en esta visión de la Norma Fundamental, de un lado, un componente obligado, propio diríamos del esquema del constitucionalismo democrático del momento, esto es, derechos y división de poderes, que Ortega conoce perfectamente bien. De ello no nos cabe ninguna duda, pues en la constituyente o en la discusión del Estatuto de Cataluña, Ortega se refiere por ejemplo a Kelsen. Pero además hay otro componente, vamos a llamarle nacional, que es el propio de la ideología de la generación que hace la Constitución. Se trata de la parte valorativa de esta, correspondiente a la experiencia política histórica española, especialmente dinámica, e interpretable de diverso modo por las autoridades y ciudadanos que la han de aplicar. Tampoco cuesta nada anudar este pensamiento orteguiano con el arendtiano que subraya la importancia del momento de la fundación revolucionaria constituyente, en cuanto circunstancia en la que la vida política conoce su plenitud. Ortega con todo tiene muy claro que la Constitución es esencialmente una decisión sobre la soberanía, que no debe quedar sujeta a ningún momento normativo posterior o diferente que pueda cuestionarla. «La soberanía es la facultad de las últimas decisiones, el poder que crea y anula los otros poderes cualesquiera sean ellos. Soberanía significa pues la voluntad política de una colectividad». Nada cabe que pueda amenazar la soberanía única; por ese camino se va rápidamente a la catástrofe nacional (Discurso en las Cortes constituyentes sobre el Estatuto de Cataluña, 13 de mayo de 1932).

En relación con la visión orteguiana del problema regional, la idea que tiene Ortega de su resolución se basa, primero, en la aceptación del pluralismo constitutivo de España: el ámbito en el que vive el español es la provincia. Lo acaba de reflejar muy bien Juan Pablo Fusi: «Ortega dijo en su día que el español medio estaba en las provincias». La reorganización territorial de España, aunque Ortega abominaba de la utilización del término federal, responde a esta visión radical de la territorialidad y a su contribución a la modernización de España: «Organicemos a España en nueve o diez grandes comarcas». La justificación de la descentralización, en segundo lugar, es técnica o funcional, no política. Para Ortega, el federalismo es antes, como ya hemos dicho, un sistema de optimización de la democracia que una respuesta a las tensiones nacionalistas. Estas en lo posible se resuelven con un buen funcionamiento del Estado,

organizado en áreas con su Asamblea y Gobierno, ocupados en los problemas no abstractos o generales, pero decisivos de los ciudadanos, los que determinan su felicidad y progreso. Ahí por lo demás, en esa arena política de lo inmediato, se formará la élite que nutrirá la clase política de la Nación.

Por último, Ortega, según vimos, anotó el relieve emocional del problema regional español. El nacionalismo, creyó acertadamente el pensador madrileño, es muy difícil de tratar institucionalmente. Adoptó una visión escéptica y bien sabia al respecto, identificándolo con los problemas del viejo Estado, con su atraso e ineficiencia. No podría sospechar que también estimula al nacionalismo la modernización y el éxito españoles, como lo prueban las vicisitudes actuales. Pero la actitud de Ortega ante los particularismos territoriales cauta y moderada, casi resignada, de indisimulable condescendencia, conserva plena validez.

En segundo lugar, el diseño autonómico, como no puede ser de otro modo, responde a lo que es común en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, en los modelos alemán e italiano, pero también a diversos intentos de descentralización que se estaban haciendo, por ejemplo, en el Reino Unido. Parémonos aquí un momento⁴.

Durante los años setenta del pasado siglo se produjo en el Reino Unido un movimiento dictaminador en relación con la autonomía política y local (informes Kilbrandon Commission, 1973 sobre el cambio constitucional y Redcliffe-Maud sobre régimen local) que lógicamente fue seguido con el mayor interés en el mundo académico español, aunque el intento de devolución para Escocia y Gales, si bien fue parlamentariamente aprobado, en razón de la acogida que tuvo en sendos referendos celebrados en Escocia y Gales, tras ser sometido a un proceso de ratificación en Westminster, acabó en fiasco. La descentralización efectiva solo se llevaría a efecto tras la victoria laborista de 1997.

Es interesante reparar en algunas notas que han acompañado al proceso de descentralización británico sin interrupción. Así, no tiene propiamente una base constitucional sino legal, pues la autonomía fue establecida por diferentes leyes en 1998 (*The Northern Ireland Act 1998*; *The Scotland Act 1998* y *The Government of Wales Act 1998*), lo cual choca con las exigencias de la teoría del federalismo. No se encuentra generalizado, pues no se concibe que afecte a Inglaterra. Tampoco dispone de un asidero jurisdiccional suficiente, ni puede poner en cuestión la soberanía de Westminster para aprobar normas con alcance territorial completo. Este tipo de descentralización gustaba a quienes eran partidarios de la soberanía irrestricta del Parlamento y creían que guardaba deferencia con la posición central en el sistema de Inglaterra, a la que, como acabamos de ver, no afectaría la descentralización y que seguiría determinando lógicamente la orientación política de la representación política del Reino.

De algún modo la descentralización, se trate de la fase anterior o posterior a la *devolution* propiamente dicha, posee dos rasgos indudables. Primero, profundiza el carácter multinacional del Estado británico. Nadie ha puesto nunca en duda la condición de verdaderas naciones de Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte, sin que

⁴ J. J. Solozabal, «Sobre la devolution del Reino Unido (Letter from London)», en su *Tiempo de reformas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, pp. 230 y ss.

ninguna de ellas pueda deducir una pretensión estatal de dicha condición. No hay que olvidar que el grado de autonomía disfrutado antes de la *devolution* era muy considerable, de manera que las autoridades gubernativas centrales ordinarias no extendían sus poderes administrativos al Norte de Irlanda, Escocia o Gales. En estos países la mayoría de los programas en educación, salud o vivienda eran administrados por un departamento gubernamental propio, esto es, los Ministerios escocés, galés o norirlandés. En efecto, en el caso escocés, la peculiaridad territorial se ha salvaguardado mediante la creación de una Secretaría para Escocia en 1885, que consigue rango ministerial en 1928, y la práctica de una legislación separada del Parlamento en lo que se refiere al derecho privado, tribunales, educación y gobierno local, materias sobre las que la regulación en Escocia difería claramente de la común. Desde comienzos del siglo xx diferentes leyes del Parlamento tratan de proteger la cultura y la independencia religiosa de Gales, llevándose a cabo durante los años sesenta diversas iniciativas institucionales tendentes a asegurar el desarrollo económico de Gales. La ley de la lengua céltica asegura la utilización en los procedimientos judiciales en Gales por parte de quien desee emplear tal idioma y su disposición por parte de los ministerios de versiones en céltico de cualquier documento. Un factor reforzador de la identidad nacional (inglesa o irlandesa) del Ulster ha sido sin duda la independencia de Irlanda (Eire) lograda violentamente y reconocida en términos más bien unilaterales. En el caso de los seis condados del Ulster, cuya ley constitucional es la Ley del Gobierno de Irlanda de 1920, la evolución política tiene que ver con el empleo de la violencia terrorista, cuya superación en lo que se refiere al diseño constitucional ha aconsejado en la Ley Constitucional de Irlanda del Norte de 1998 la utilización de fórmulas consociacionales de gobierno.

Y, en segundo lugar, se consideraba que el carácter meramente legal de la base de la descentralización se escapaba de rigideces constitucionales que niegan las ventajas de la flexibilidad y pragmatismo que caracterizan el orden político británico. Aunque muchos pudimos elogiar las posibilidades del procedimiento descentralizador de la *devolution*, como la solución mejor para las demandas territoriales sin pretensiones soberanistas, la crisis escocesa de la época del gobierno Cameron (referéndum de 2014) nos ha hecho volver a poner los pies en tierra. Evidentemente no puede sostenerse que todo este proceso de la *devolution* no ha afectado a la problemática de la unidad nacional del Reino Unido, pues la descentralización ha debilitado los vínculos políticos con un Estado cuya unidad espiritual es deficiente, si se tiene en cuenta especialmente que ha desaparecido el cimiento histórico de la comunidad británico, la función o misión imperial, y que a la solicitud de lealtad de las nuevas naciones se añade el desafío de la construcción europea.

En tercer lugar, y quizás lo más importante, lo que hace el diseño constitucional autonómico es llevar a la práctica institucional un acuerdo entre nacionalismos, a saber, el patriotismo modernizador español, y los nacionalismos territoriales templados que saben que no se cuestionan sus pretensiones identitarias básicas, reconociéndoles un fuerte poder propio en el autogobierno; pero que no niegan la soberanía última del pueblo español. Estoy hablando del tiempo de la Constitución y me estoy refiriendo a un pacto subyacente al diseño autonómico sobre el que ha llamado la atención,

acertadamente Francisco Rubio Llorente. Nuestro diseño constitucional corresponde a lo que Azaola llamaba la forma federativa y que se explica muy bien con la fórmula de Koen Lenaerts, a que luego también haremos mención. Sus tres elementos son: la planta institucional correspondiente a un Estado compuesto; atribuciones al poder central y los poderes autonómicos fijados constitucionalmente; y una instancia jurisdiccional que va a resolver en caso de conflicto, que es inevitable que aparezca, y utilizando solo la razón del derecho, las controversias competenciales que no son propiamente disputas identitarias. Rubio apunta correctamente a la clave ideológica del Estado autonómico, construido como acabo de decir, sobre un acuerdo entre nacionalismos, hablemos del representado por las fuerzas de este carácter vascas y catalanas y el asumido por centristas y socialistas. Los nacionalistas vascos y catalanes pueden presentarse como nacionalismos identitarios; el nacionalismo español como nacionalismo modernizador y eficiente. Creo que Rubio identifica correctamente los dos motores del sistema autonómico, esto es, las demandas nacionalistas territoriales o problemas propiamente nacionalistas, y la posición nacionalista española que aspira a reformar el Estado que representa García de Enterría, muy influido por experiencias de descentralización como la británica del informe Kilbrandon a que ya nos hemos referido. El Estado autonómico daría respuesta a los planteamientos nacionalistas, presentados en la constituyente en términos no soberanistas, y sería además una fórmula de organización que respondiese a las demandas de eficiencia y democracia propias de planteamientos federativos o de amplia descentralización. Los problemas del Estado autonómico son simbólicos y no proceden de la recuperación de un nacionalismo atosigante español que Francisco Rubio no ve en el horizonte, al menos con fuerza suficiente para desestabilizar el sistema, sino de una concepción problemática de los nacionalismos territoriales que olvidando su disposición a la moderación propia del momento constituyente se empeñasen en fórmulas como la soberanía originaria o el Estado plurinacional. Rubio destaca la inexistencia, detrás de la Constitución, de un nacionalismo español expansivo o atosigante. «Los debates constituyentes muestran en efecto, hasta la saciedad, que desde un tal nacionalismo, con escasa presencia en las Cortes de 1977, no se hubiera reconocido jamás el derecho a la autonomía, ni se hubiera aceptado la referencia a las nacionalidades»⁵. Por tanto, el problema no es competencial sino simbólico. Lo que desestabiliza es el desafío identitario o el valor simbólico en las apetencias competenciales. La solución es el patriotismo constitucional que reconoce las diferencias, pero las entiende subordinadas a la comunidad plural superior. Rubio entiende por patriotismo constitucional la aceptación por todos de una idea de España como nación de naciones, esto es, una comunidad plural que asume la superioridad de los lazos compartidos que nos identifican por encima de las diferencias que nos singularizan⁶.

⁵ F. Rubio, *La forma del poder*, CEPC, 3.ªed. Madrid 2012, pp. 774-775.

⁶ J. J. Solozabal, «La constitución territorial según Francisco Rubio Llorente», en su *Pensamiento federal español y otros estudios autonómicos*, Iustel, Madrid 2019, pp. 349-364.

IV. Tercer momento: el bastidor conceptual del Estado autonómico: nación y nacionalidades y regiones

El tercer cuadro intenta aclarar la base conceptual del Estado autonómico: la nación española y las nacionalidades y regiones como sujetos constitucionales, dando cuenta de su idea adecuada. La nación es ante todo, la sede de la soberanía, que consiste fundamentalmente en decidir sobre la propia organización. La soberanía es por tanto poder constituyente, que pertenece a la nación o el pueblo. Y así está identificado en el constitucionalismo español desde Cádiz. En efecto, en la Constitución no se contiene una definición de la nación. Las referencias a ella aluden a su función constituyente, de la que se desprende su soberanía como raíz de esa actuación, pues solo quien es soberano decide su configuración política; y presupone necesariamente su unidad e indivisibilidad. Solo la unidad e indivisibilidad, su homogeneidad, en suma, capacitan a la nación para determinar la Constitución, que no tiene su origen en un pacto entre sujetos múltiples que se ponen de acuerdo o en un autor complejo que incorpora diversas voluntades en su seno (STC 76/1988, de 26 de abril, FJ 3).

Esta idea de la nación la identifica con el pueblo o demos, con la generación viva de los españoles, con sus ciudadanos, de quienes «emanan los poderes del Estado», y entronca con la idea gaditana de la nación como «conjunto de españoles», se decía, de los dos hemisferios. Se trata de ciudadanos, que se igualan en derechos y obligaciones, al vivir bajo las mismas leyes, de acuerdo con la idea revolucionaria de nación.

Lo que pasa es que, como decía antes, las cosas son algo más complicadas: la soberanía del pueblo es una soberanía nacional que habla por tanto y decide por tanto sobre esa comunidad transgeneracional que se integra con el pasado y con el presente, y asimismo con las generaciones futuras. Esa nación compleja, integrada por las generaciones del pasado, el futuro y la generación viva son los Pueblos a los que se refiere el Preámbulo de nuestra Constitución. En efecto, el constituyente, haciendo las cosas más complicadas, o sutiles, utiliza la noción de nación no solo para referirse a la sede de la soberanía, quedando identificada con el pueblo, sino para calificar a la soberanía del pueblo, que es justamente nacional, esto es, de la nación. La referencia nacional a la soberanía tiene una carga legitimatoria relevante. La soberanía de la que dispone el pueblo es la nacional. El pueblo, esto es, el cuerpo electoral, o sea, los ciudadanos o la parte viva de la nación, expresa la voluntad de esa comunidad o persona moral total que integran asimismo las generaciones pasadas y las generaciones futuras. La voluntad de la nación no la establece el pueblo, ni dilapidando lo heredado ni ignorando su responsabilidad en relación con las generaciones venideras. Solo matizadamente podemos, entonces, entender el *dictum* jeffersoniano que hacía a la generación presente la dueña de la tierra. Somos entonces, más bien, como se entiende perfectamente desde el pensamiento de la sostenibilidad y la ecología, un eslabón, decisivo, pero no suelto, en la cadena burkeana de la historia.

Hasta aquí el momento unitario de la nación. Con todo, esta dimensión de la nación española no puede ignorar la condición constitutivamente plural de esta, integrada en efecto por nacionalidades y regiones, por lo que el Preámbulo de la Norma

Fundamental llama significativamente los pueblos de España. Nacionalidades y regiones, entonces, son el sustrato político, quizá sería mejor hablar de la base sociológica y cultural, de las Comunidades Autónomas. Si el Estado como organización política general es la correspondencia jurídico política de la nación española, las Comunidades Autónomas suponen la cobertura en tal plano de las nacionalidades y regiones.

Desde el punto de vista jurídico, lo que las nacionalidades y regiones tienen es autonomía, que es un poder cualitativamente diferente de la soberanía. Se trata de un poder limitado y derivado de la Constitución, distinto de la soberanía que corresponde al Estado en cuanto organización política de toda la nación española (STC 4/1981). La expresión y el instrumento de la autonomía de las nacionalidades y regiones es el Estatuto de Autonomía, que evidentemente no conduce a un poder originario constituyente, sino a una potestad, según sabemos, derivada, limitada y simplemente estatuyente. Tiene interés efectivamente llamar la atención sobre la integración diríamos constitucional de los Estatutos de autonomía, como decía, manifestación e instrumento de autogobierno, en el todo constitucional. Esta integración significa dos cosas: quiere decir que las Comunidades Autónomas no pueden ejercer funciones o plantearse tareas de soberanía, como la autodeterminación; y quiere decir también que los sistemas u ordenamientos territoriales están sujetos evidentemente a la Constitución y habilitan al Tribunal Constitucional a controlar sus propios actos normativos y especialmente las reformas de sus Estatutos.

Hay que subrayar que la explicitación de la base sociológica y espiritual del Estado de las autonomías no es común en el constitucionalismo federal, que suele limitarse a señalar el carácter compuesto de la Federación que forman los Estados pero que no reconoce la base política a la que estos corresponden. Así, por ejemplo, en la Constitución suiza no se menciona a las nacionalidades, que solo son tratadas implícitamente de modo cultural —como comunidades de base lingüística principalmente— y que no tienen poder constituyente propio, del que, aunque debilitado en realidad, disponen en cambio los cantones, cuyo fundamento, como se sabe, no es su nacionalidad, que comparten con otros⁷. Si esto es así podríamos presentar el caso español como un supuesto de *federalismo identitario*, que sin reconocer la soberanía a sus integrantes, sí atribuye un significado político a las Comunidades que integran el Estado, que tienen claramente una proyección más allá de lo cultural, y a las que podemos llamar nacionalidades o, si se prefiere, naciones, eso sí, no soberanas.

El caso del federalismo identitario, nos parece que puede ser el marco en que preguntarse por el sentido de las cláusulas de sentido material en las constituciones, esa clase de prescripciones que pertenecen claramente a la Constitución de la conversación, por utilizar el lenguaje de Levinson, que por otra parte recuerda alguna otra dualidad ofrecida por un autor como Dworkin. Permítasenos entonces hacer un pequeño *excur-sus* al respecto.

En efecto, en un documento jurídico como es una Constitución, ¿tienen sentido las cláusulas identitarias, las afirmaciones por ejemplo sobre la condición indivisible de

⁷ L. Merillat, *De la diversidad y unidad mediante el federalismo. Comparación entre el Estado español de las autonomías y el Estado federal suizo*. Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2014.

la nación que se pueden formular con mayor o menor patetismo, así por ejemplo en el artículo 2 CE, señalando a «la patria común e indivisible de todos los españoles»? Este tipo de textos, puede pensarse, denota una marcada ideología que quizás no conviene en una Constitución que debe procurar cierta neutralidad al respecto, dirigida como está a toda la comunidad y de acuerdo con su pretensión de verdadera normatividad o eficacia. De otro lado, sabemos que existen cláusulas identitarias en los Estatutos de las Comunidades Autónomas, influidos, tal vez, por el mimetismo constitucional, difícil de evitar. Pero, ¿se dan también en otras Constituciones contemporáneas? Y otras dos cuestiones más. Primero, ¿cómo interpretar estas cláusulas de las que hablamos? Muchas veces se suelen mostrar reticencias al originalismo constitucional, que sobrevalora, peligrosamente, desde un punto democrático, el criterio subjetivo, o la voluntad individual de los constituyentes. Preferimos pensar que las Constituciones, de ordinario elaboradas en un tiempo histórico diferente al nuestro, deben ser interpretadas según las demandas del momento en que se apliquen, de acuerdo por tanto con un punto de vista objetivo o sistemático. Y finalmente, si pensamos, como ocurre ahora, en la posibilidad de reformar estos artículos, ¿cómo actuar con inteligencia: renunciamos a su empleo y proponemos, por decirlo así, un tratamiento de simplificación o estilización constitucional, o procedemos a completarlo con otros reconocimientos identitarios, si acaso?

No me atrevería a contestar a la pregunta sobre la idoneidad de las cláusulas identitarias o ideológicas en términos exclusivamente de teoría constitucional, según la cual serían preferibles los textos pragmáticos sobre los programáticos, y tenderíamos, entonces, a considerar preferentemente la Constitución como regla de organización. Ocurre que la vida de una comunidad se erige necesariamente sobre determinados postulados de ética política y estos conviene que estén en la Constitución, facilitando de algún modo la labor del intérprete de la Norma Fundamental en el futuro. La prolijidad constitucional no siempre está contraindicada. En la discusión de la Constituyente española hubo quien propuso que la mejor opción era, en relación con la Declaración de derechos, limitarse a una referencia a los tratados internacionales suscritos por el Estado español al respecto. Con buen criterio, en cambio, se prefirió hacer a nuestra tabla de derechos objeto explícito de la decisión constituyente, incorporándola de modo algo insatisfactorio desde un punto de vista técnico como Título I de la Norma Suprema, facilitando de paso la labor futura del Tribunal Constitucional en la construcción de un sistema de derechos fundamentales mediante su acertada jurisprudencia. Con todo, es cierto que la locuacidad constitucional tiene sus límites: una Constitución es acuerdo sobre lo que se comparte y lo que no; y la superación de las diferencias puede facilitarse con el silencio, u olvido, de las mismas, como suele advertir, recomendando la contención castellana curiosamente, Francisco Caamaño.

Lo que es interesante recalcar es que la Constitución española no es la única que proclama la unidad política del Estado y del poder constituyente que la precede. Lo hacen la Constitución francesa y la Constitución italiana: «Francia es una República indivisible... la soberanía nacional pertenece al pueblo que la ejerce por representantes o mediante referéndum»; «Italia es una República única e indivisible... en la que la soberanía pertenece al pueblo». También en Alemania se afirma la soberanía popular,

prohibiéndose la reforma constitucional que modifique el orden federal del Estado. En los Estados Unidos cuya Constitución es obra del poder constituyente del pueblo (*We... do ordain and establish*), el Tribunal Supremo ha establecido, por su parte, lapidariamente en su Sentencia Texas versus White (1869) que la Federación es «una Unión indestructible, compuesta de Estados indestructibles». En cualquier caso, sí que tiene sentido defender la licitud constitucional de la existencia de cláusulas identitarias en los Estatutos de autonomía, de modo que éstos son algo más que normas institucionales. A pesar de lo que se pueda reiterar sin fundamento, en las Constituciones federales las Constituciones de los Estados miembros son más que normas competenciales y suelen contener cláusulas prescriptivas sin poner en cuestión la sustancial unidad de la Federación.

Evidentemente la interpretación de las disposiciones constitucionales no recibe su mejor ayuda si se la hace depender de una comprensión ligada a las circunstancias de la Constituyente: esa visión empequeñece su trascendencia y propone unos estrechos límites a su entendimiento, progresivamente ineficaces a medida que va transcurriendo el tiempo. Es preferible confiar en las posibilidades de la construcción constitucional, a la que nuestro TC ha recurrido con gran éxito en algunas ocasiones, por ejemplo al interpretar los derechos históricos, no proponiéndose averiguar lo que fueron los derechos forales en el pretérito, sino proponiendo su entendimiento desde la teoría constitucional, precisamente como garantías institucionales, viéndolos desde las exigencias actuales del autogobierno constitucional y estatutario. Por último, subrayemos para finalizar este breve *excursus*, que la modificación de las cláusulas identitarias plantea importantes problemas interpretativos, pues se trata de preceptos especialmente ligados a la funcionalidad integradora de la Norma Fundamental. Si la reforma no afecta a esta parte sensible de la Constitución, la reforma será en vano. Pero precisamente la capacidad integradora de la Constitución no se logrará renegando de aquel contenido constitucional que se estableció con tal propósito. La opción de la reforma deberá ser entonces complementar más que rectificar, como ha visto agudamente Ángel Rodríguez. Acentuar la complejidad que puede enriquecer, frente a la simplificación, de efectos ablatorios difícilmente evitables.

V. Cuarto momento: la base ideológica del federalismo o la capacidad integradora del Estado autonómico

El problema final consiste en saber si la formula autonómica como forma federativa tiene capacidad integradora de los nacionalismos en el sistema constitucional español⁸. La respuesta es necesariamente ambivalente y deja un cierto sabor agri dulce. No puede negarse que la integración se ha producido sin problemas hasta la crisis catalana estatutaria; incluso cabe afirmar que las demandas nacionalistas, como se decía antes, han estimulado la afirmación y el fortalecimiento de la descentralización territorial en

⁸ J. J. Solozabal, «Federalismo y nacionalismo en la Constitución territorial española», en su *Pensamiento federal español y otros estudios autonómicos*, Iustel, 2019, Madrid, pp. 461-469.

España, incorporando durante algún tiempo a los nacionalismos territoriales. Pero no se debe olvidar que el nacionalismo, como se ha señalado con anterioridad, tiene una intransigencia ideológica y una apetencia estatal que son difíciles de resolver en un sistema constitucional; y, desde esta perspectiva, la aceptación del federalismo por parte de los nacionalismos es una aceptación equívoca, pues ellos cuando hablan de federalismo están pensando más bien en confederalismo; y es una aceptación también provisional y táctica. Reciben, por ejemplo, con agrado algo de la simbología del Estado federal, pero naturalmente piensan que el Estado federal es un primer paso hacia la independencia, o un banco de prueba para la misma que se demandará en el momento que se considere más oportuno.

Es entonces, como decíamos, inevitable plantearse, en el cuarto cuadro, la cuestión de la consideración del modelo federal como tratamiento adecuado a las tensiones nacionalistas. Conviene recordar, partiendo de la consideración general del Estado federal como un ejemplo de descentralización política, que el sistema político federal puede ser analizado desde el punto de vista institucional y cultural. En efecto las formas federativas responden más o menos al siguiente canon: En primer lugar, se trata de Estados compuestos, integrados por dos niveles institucionales completos, con Parlamento, Gobierno y Organización judicial propios, con su respectivo ámbito territorial, sea el de toda la Federación o el territorial. En segundo lugar, se trata de un sistema en el que el reparto de competencias o poderes está asegurado en el nivel normativo más alto, esto es, el constitucional, resultando inmodificable para el todo o las partes de manera unilateral. En tercer lugar, en este sistema las disputas competenciales se resuelven por una instancia independiente e imparcial, *supra* partes, esto es, por un Tribunal que actúa exclusivamente con criterios técnicos, aplicando el derecho. Pero el federalismo, como señalara entre nosotros Gumersindo Trujillo, no es sólo una carcasa organizativa, pues no puede vivir sin una cultura o clima específicos. Los sistemas federales buscan equilibrar en las sociedades plurales, la unión y las diferencias. No hay federalismo sin lealtad federal, sin *la devotio* a la casa común y compartida; tampoco sin *patriotismo territorial*. La cultura política en el marco federal vive del pacto y la negociación que requiere de actitudes políticas pragmáticas y flexibles.

Por lo demás tampoco se debe magnificar en exceso la capacidad de integración de las formas federativas. Sin duda el federalismo es más exitoso como forma democrática que como tratamiento del seccionalismo identitario. Los Estados federales, ya lo hemos apuntado, funcionan mejor cuando organizan la distribución del poder en sociedades homogéneas que cuando se enfrentan a demandas de reconocimiento nacional de sus integrantes. Así desde el punto de vista de la estabilidad, y por ello de la propia legitimación de los sistemas, decíamos, la comparación es francamente ventajosa para las formas federativas sin tensiones nacionalistas, como los Estados Unidos o Alemania, respecto de otras con demandas identitarias, como Canadá o Bélgica.

En este esquema institucional y espiritual el nacionalismo tiene un encaje problemático, debido a su indudable estatismo y a su intransigencia ideológica, a los que ya nos hemos referido, que le hace difícil asumir una lealtad política compartida y no exclusiva a su propio Estado. Claro que al nacionalismo le tentará alguna simbología cercana del federalismo, pues en el Estado federal se reconoce a los entes territoriales

la condición de Estados, aunque no son Estados, efectivamente, soberanos, y estos Estados operan como una especie de anticipo de lo que son las estructuras políticas plenas. También la cultura federal, que juridifica los problemas territoriales, se opone a la irreductibilidad del esencialismo nacionalista, pues en la Federación las disputas se deciden por la instancia que lleva a cabo en la comunidad la función jurisdiccional de resolver los conflictos, que son, efectivamente, los tribunales, esto es, el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional, en nuestro caso. ¿Qué es lo que ocurre entonces? Que la aceptación por el nacionalismo del federalismo, siempre es una aceptación, diríamos, equívoca y táctica. En realidad, los nacionalistas, cuando hablan de federalismo, entienden por tal el confederalismo, aunque el confederalismo no solo no es federalismo, es obvio, sino que es lo contrario, diríamos, al federalismo. La aceptación del federalismo, por parte de los nacionalistas suele ser, por tanto, una aceptación táctica y provisional; en fin, a la espera de una ocasión en la que plantear la reivindicación de la independencia.

El señalar en el plano teórico las dificultades de convivencia del nacionalismo con el federalismo, no significa ignorar, en el plano de la realidad, especialmente de nuestro sistema autonómico, dos cosas. Primero, el éxito notable de integración que ha llevado a cabo la fórmula de juntura de la democracia constitucional española que ha dado un razonable acomodo a las demandas nacionalistas más perentorias y sentidas en las comunidades territoriales significadas identitariamente, esto es, autogobierno y reconocimiento nacional; y que ha logrado superar los desafíos al ordenamiento que suponen los planteamientos de autodeterminación, claramente en el caso de Ibarretxe y seguramente en el caso catalán, a través de los instrumentos constitucionales, ordinarios y extraordinarios. De manera que la respuesta del Estado autonómico al nacionalismo ha sido matizada: cabe el nacionalismo no soberanista y no cabe el nacionalismo independentista, mientras no se reforme el sistema institucional. También son posibles compatibilidades nacionalistas formuladas en términos razonables: el vínculo nacional general, siempre que no se entienda en sentido exclusivista, es compatible con los vínculos nacionales territoriales, entendidos a su vez de manera no excluyente. De otro lado, en segundo lugar, y como ya he señalado en alguna otra ocasión, hay que reconocer que la contribución de las Comunidades en las que prepondera el nacionalismo ha sido positiva para nuestro sistema de descentralización: si tenemos una autonomía en serio en muy buena medida es debido a las exigencias de los gobiernos nacionalistas, que han conseguido un nivel de poder propio que, con razón, los territorios sin pulsiones nacionalistas también han reclamado⁹.

⁹ J. J. Solozabal, «Nación y Estado en un contexto constitucional en transición», en M. Aragón, D. Valadés, J. Tudela, *Derecho Constitucional del Siglo XXI: desafíos y oportunidades*. Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2023, pp. 63-85.

FUNCIÓN ARBITRAL Y MODERADORA DEL REY Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL¹

RAMÓN PUNSET

Catedrático emérito de Derecho Constitucional

*A Javier Jiménez Campo, con mi lealtad siempre renovada
al tiempo en común, fraternalmente.*

I. Supremacía de la Constitución y pluralidad de defensores de la misma

No puede concebirse la función arbitral y moderadora del Rey sin tener en cuenta, como punto de partida, la supremacía de la Constitución. La sujeción a ella de todos los poderes públicos —sujeción positiva y no meramente negativa como la de los ciudadanos (art. 9.1 CE)— comprende también sin ningún género de duda la del titular de la Corona, cuya prerrogativa personal de inviolabilidad e irresponsabilidad (art. 56.3), aun siendo absoluta, en nada puede obstar a dicha sujeción. Esto no requiere de argumentación alguna, toda vez que la misma Carta Magna dispone la prestación de juramento por el Rey (y por el Príncipe heredero y el Regente o Regentes) de «guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes» (art. 61). La Monarquía parlamentaria de la Constitución de 1978 es la demostración palpable de cuánto hemos aprendido del pasado. Felipe VI, en efecto, no hubiera tenido nunca la ocurrencia de Alfonso XIII de preguntarle a su profesor de Derecho Constitucional (don Vicente Santamaría de Paredes, nada menos): «¿Y qué he de hacer cuando, en conciencia, la observancia de la Constitución se oponga a mis deberes para con España?». Olvidaba el joven Rey, escribe Dardé, que todos sus poderes derivaban precisamente de la Constitución misma².

Ahora bien, guardar no es solo respetar, cumplir u obedecer los preceptos constitucionales, sino también defenderlos o protegerlos, e impedir y evitar su conculcación. En ello no se distingue el Rey de los titulares de los demás poderes públicos, todos los cuales son, por tanto, guardianes de la Constitución que fundamenta sus potestades. Tanto por la existencia de esta comunidad de guardianes como por la evocación *ad nauseam* del archiconocido debate doctrinal entre Carl Schmitt y Hans Kelsen, conviene olvidarse de una vez por todas de la manida cuestión de quién es el guardián de la Constitución. Dado que no estamos en el régimen de Weimar de entreguerras, ni en el París fundacio-

¹ El presente estudio se publicó en su primera versión dentro de la obra dirigida por R. Punsset, *La función constitucional del Rey. Teoría y práctica*, Reus, Madrid, 2024, págs. 169-192. Ahora se ofrece aquí en una versión actualizada a fecha de 19 de octubre de 2024.

² Juan Ignacio Marcuello y Carlos Dardé, *La Corona y la Monarquía constitucional en la España liberal, 1834-1931*, Sílex, Madrid, 2022, p. 623.

nal de la V República gaullista, carece ya de sentido, en efecto, plantear el interrogante de si esa condición de guardián corresponde al Rey en cuanto Jefe del Estado o al Tribunal Constitucional en tanto que intérprete supremo de la Ley Fundamental. La supremacía exegética del TC no resulta contradictoria (al contrario, es una exigencia funcional) con la pluralidad de hermeneutas en un ordenamiento jurídico presidido por una Constitución normativa, ni supone monopolio alguno de la defensa constitucional, ni impide la exégesis de la Norma Suprema por todos los poderes estatales en el desempeño de sus respectivas funciones de creación y aplicación del Derecho. Además, la supremacía hermenéutica del TC, establecida de forma más bien indirecta y parcial por el texto constitucional (cfrs. arts. 123.1 *a sensu contrario*, 161, 163 y 164.1), no conlleva la supremacía del propio Tribunal dentro del sistema de órganos constitucionales, aunque no pocas veces el activismo jurisdiccional del Alto Tribunal pueda, lamentablemente, difuminar su ubicación correcta en el interior de dicho sistema.

Por si fuera poco, ni el Rey ni el TC merecen la consideración de «órgano supremo» del ordenamiento español. En cambio, en nuestro Derecho existe otro órgano o complejo orgánico dotado de tal posición de supremacía. No se trata, claro está, de un órgano que concentre en sí todo el ejercicio de las formas superiores del poder estatal, lo cual resultaría obviamente contrario a la soberanía nacional (art. 1.2 CE), que requiere, a mi juicio, la distribución de las funciones del Estado entre órganos dotados de idéntica jerarquía y situados en el vértice de la estructura constitucional. Por «órgano supremo» debe entenderse, pues, aquel cuya acción de creación jurídica carece de límites materiales, pudiendo modificar o derogar libremente, en consecuencia, cualquier precepto de la Constitución, así como emprender su revisión total. El órgano al que me refiero es el llamado a ejercer el poder constituyente bajo las Constituciones que, como la española, no imponen limitaciones objetuales a su reforma (si estas limitaciones se dan, no cabe hablar de supremacía del órgano reformador). Tal carencia de límites materiales hace de la Constitución la expresión constante de la disposición que sobre sí misma detenta *in toto* la comunidad política. Ahora bien, tal ejercicio del poder constituyente se lleva a cabo por un poder constituido que se encuentra sometido a las predeterminaciones orgánico-procedimentales y cronológicas establecidas en el texto constitucional para su modificación y de las que se derivan límites formales más rigurosos que los que pesan sobre el procedimiento legislativo ordinario. La rigidez de la Constitución resulta inherente, desde luego, al dogma de la soberanía nacional.

Como es sabido, la Constitución española confiere la potestad de reforma o revisión (total o parcial) como competencia decisoria solamente al Congreso de los Diputados y al Senado, Cámaras integrantes de las Cortes Generales, y al cuerpo electoral del Estado en los supuestos de referéndum constitucional de ratificación. La iniciativa de la reforma constitucional, por contra, puede provenir del Gobierno, de cualquiera de las Cámaras de las Cortes o de las Asambleas de las Comunidades Autónomas, hallándose excluida una iniciativa reformadora popular por la Constitución misma (el art. 166 CE no admite dudas, al descartar la aplicación del apartado 3 del artículo 87). Resulta obvio que el ejercicio del poder de reforma, precisamente por hallarse sometido a estrictas reglas, pero también para hacerse compatible con la soberanía nacional, ha de resultar justiciable. La Constitución, empero, no contempla expresamente tal justi-

ciabilidad, y no parece que la misma pueda forzarse a partir de una interpretación extensiva de las previsiones relativas a las distintas formas de control de constitucionalidad de las leyes, disposiciones normativas y normas con rango de ley [arts. 161.1 a) y 163 CE]; sobre todo si se tiene en cuenta la jerarquía de los preceptos reformadores, que, una vez en vigor, vinculan al mismo Tribunal Constitucional, sin que a este le resulte lícito declarar la inconstitucionalidad de normas ya insertas en la Constitución. Es claro, sin embargo, que el poder de reforma, como los demás poderes públicos, está sujeto a la Constitución —y, atención, «al resto del ordenamiento jurídico», y también, por tanto, a los Reglamentos de las Cámaras—, según proclama el artículo 9.1 CE. Parece seguro igualmente que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT), con fundamento en el artículo 161.1 d) CE, podría establecer la vía procesal más idónea para el enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional de las normas modificadoras de la Constitución; idoneidad que, en fin, se alcanzaría mejor, probablemente, a través del cauce del recurso previo de inconstitucionalidad, planteado antes de que el texto reformador fuera sometido a referéndum o (en el supuesto de que no precisara de ratificación popular) presentado a la sanción regia. Mientras tanto, forzosamente se ha de coincidir con Requejo Pagés en que, en ausencia de control jurisdiccional de la modificación de la Constitución, el poder de llevarla a cabo resulta «un poder tan libre como el constituyente originario»³. Volveremos sobre esta cuestión al dar cuenta de las facultades del Rey en el procedimiento de reforma constitucional.

II. La «Constitución» que el Rey ha jurado defender

Si el artículo 9.1 CE, en cuanto dispone, mediante una afirmación de soberanía estatal *ad intra*, que «los ciudadanos y los poderes públicos *están sujetos* a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», el artículo 61.1 establece esa misma sujeción en lo que concierne al Rey, que «prestará juramento de desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas», fórmula de sabor medieval pactista. El Rey se halla, pues, sujeto *in toto* al Derecho con la misma imperatividad que los titulares de los demás poderes del Estado y que los demás ciudadanos.

En punto a la sujeción regia a la Constitución, conviene inquirirse, en primer lugar, si es lo mismo sujeción que lealtad; y, en segundo lugar, si el Rey, en su tarea de nomofilaxis constitucional, dispone de algún margen para determinar el contenido de la Ley Fundamental que ha de guardar y hacer guardar. Esto último se abordará al examinar las atribuciones regias.

Pues bien, en un breve estudio publicado hace tiempo⁴, suscitaba esta cuestión: ¿contiene la Constitución española de 1978, que es una Constitución normativa, un

³ Juan Luis Requejo Pagés, *Artículo 167*, en M. Rodríguez-Piñero y M. E. Casas (dirs.), «Comentarios a la Constitución española», Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, tomo II, p. 1874.

⁴ R. Punset, *Lealtad constitucional, limitación de derechos y división de poderes*, «Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional», núm. 16, diciembre de 2002, pp. 13-28 (recogido en *idem*, «Potestades normativas y forma de gobierno», CEPC, Madrid, 2014, pp. 19-39).

mandato de lealtad constitucional distinto del de sujeción establecido en su artículo 9.1? Para responder a tal cuestión —decía entonces y en ello me ratifico ahora—, lo primero de todo es declarar que en nuestro ordenamiento no existen más normas constitucionales que las que comprende el texto de la Constitución. Esto no sólo supone negar rotundamente la válida persistencia de la vieja distinción doctrinal entre normas materialmente constitucionales y normas constitucionales únicamente desde el punto de vista formal, y afirmar con idéntica rotundidad que en una Constitución configurada como norma suprema todas las disposiciones que ella encierra son, en virtud de tal supremacía, materialmente constitucionales, sino también que *únicamente* los preceptos de la Constitución son, entre todas las normas positivas, preceptos constitucionales. Y lo que es más importante todavía: que no existen normas constitucionales suprapositivas de ninguna especie, ninguna «verdadera» Constitución frente a la Constitución positiva⁵, y, en consecuencia, que el problema consistente en una acción o conducta acorde con las normas constitucionales y a la vez desacorde con la Constitución es, por definición, un problema de imposible planteamiento en el Derecho español.

No cabe, por consiguiente —proseguía argumentando—, construir un principio de lealtad constitucional basado en presuntas normas constitucionales metapositivas, las cuales exigirían una subordinación de la Constitución a lo que no sería sino una creación ideológica, a la identificación entre Constitución y régimen político, con grave quebranto de la supremacía del texto constitucional y completo trastorno de su hermenéutica, carente en tal caso de la mínima seguridad y funcionalidad. Así, en suma, si hubiéramos de admitir la existencia de un deber de lealtad a la Constitución, el objeto de tal lealtad únicamente podría ser la Constitución positiva. Además, de proceder a la desvalorización de las normas constitucionales mediante su identificación con un determinado régimen político, que vendría a ser la Constitución «real» o material, la destrucción de la hermenéutica jurídico-constitucional y su sustitución por criterios ideológicos, aparte de relativizar la eficacia del Estado de Derecho, resultaría asimismo contradictoria con el principio democrático, puesto que la tarea esencial de identificar a la «verdadera» Constitución no se halla hoy encomendada única o principalmente a los órganos de representación popular. Ni mucho menos, desde luego, al Jefe del Estado, sino en primer o último término, según los casos, al Tribunal Constitucional⁶. Por lo tanto, si se quiere dejar atrás

⁵ Para una crítica de las concepciones doctrinales que propugnan la existencia de una Constitución «real» o material frente a otra meramente formal y subordinada a la primera, véase el excelente estudio de Javier Jiménez Campo «Contra la Constitución material», publicado en VV.AA., *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 42 y ss. (especialmente 51 y ss.).

⁶ Como ha escrito Javier Jiménez Campo, se puede afirmar que la Constitución es, guste o no, lo que la jurisdicción ve en ella. Esto, señala dicho autor, aún despierta perplejidad en quienes parecen creer que las proposiciones normativas, y las de quien está autorizado para interpretarlas con firmeza, son, unas y otras, realidades distinguibles en el *hoy* del ordenamiento. O que los enunciados lingüísticos, jurídicos o no, encierran algo así como un sentido constante y perdurable, ajeno a los avatares del tiempo e inmune a la sucesión de interpretaciones. Entender la Constitución, añade, no es otra cosa que el resultado, provisional y a menudo polémico, de reconocer y construir un sentido de presente, racional y culturalmente aceptable, a partir de palabras cada vez más lejanas, aunque escritas con voluntad de persistir, con la pretensión de ordenar de modo estable tanto la convivencia comunitaria como los límites del poder. Persistencia siempre problemática, abierta al debate, y por ello mismo necesitada, en cada momento, de una fijación vinculante del

definitivamente aquella etapa del constitucionalismo en que correspondía al Parlamento, mediante el ejercicio de la función legislativa, *la más alta interpretación* de la Constitución, tiene que ser a cambio de concebir a ésta solamente como norma positiva, pues en otro caso se otorgaría al Tribunal Constitucional, en tanto que máximo intérprete de la ley fundamental, no ya una potestad meramente nomofiláctica, sino nomotética, un auténtico poder constituyente permanente.

Así, pues, en una Constitución normativa lealtad constitucional y sujeción o acatamiento a la supremacía constitucional son lo mismo, como tempranamente intentó aclarar, aunque no sin alguna dificultad, la doctrina del TC⁷. El deber de lealtad constitucional se contiene, por tanto, en el de sujeción a la Constitución. El artículo 9.1 de ésta instituye, de acuerdo con el TC, una obligación de distinto signo según se dirija a los particulares o a quienes se hallen investidos de potestades públicas, estos segundos los cuales deben entender la lealtad como *un mandato de coadyuvar a la realización plena de todas las normas constitucionales*⁸. Sucede, no obstante, que la intensidad de la sujeción —y, por tanto, de la lealtad— varía en función del tipo de norma constitucional de que se trate, de sus destinatarios y de los derechos o deberes que la Constitución les otorgue o les imponga. La idea clave es, sin embargo, la de la supremacía constitucional, que conlleva el principio de unidad de la Constitución misma y la igualdad de rango de todos sus preceptos, únicamente diferentes en cuanto a su eficacia en función de su respectiva estructura.

Por lo que concierne a los denominados *principios estructurales* de nuestro ordenamiento constitucional —aquellos que configuran la forma del Estado (arts. 1 y 2 CE)—, no poseen otro contenido que el que la Constitución les confiere. Respecto de ellos no cabe apriorismo extraconstitucional alguno, so pena de incurrir, según nos advirtió Ignacio de Otto⁹, en una especie de neoiusnaturalismo, susceptible de oponerse a la propia reforma constitucional. En la interpretación de la Constitución sólo son, pues, admisibles aquellos apriorismos que, con carácter instrumental, sirvan para identificar y clarificar, en términos de pertenencia a una cultura histórico-jurídica determinada, un principio, una institución o un derecho recogidos en un precepto constitucional. El esfuerzo hermenéutico resulta mayor precisamente en el caso de las disposiciones

sentido, sujeta a la crítica ella misma (los demás intérpretes, legos o no, volverán siempre a las palabras de la norma para valorar, en posición aquí de igualdad hermenéutica, la racionalidad de la interpretación jurisdiccional). En eso viene a consistir la jurisprudencia, modo de ser de la jurisdicción en el tiempo. Temporalidad, más sencillamente, de las normas jurídicas (*Derechos fundamentales: concepto y garantía*, Trotta, Madrid, 2000, p. 14).

⁷ Dificultad persistente, según se advierte en la STC 89/2019, donde de forma algo confusa se afirma que, con la mención del atentado grave «al interés general de España», el artículo 155 CE alude al menosprecio ostensible por parte de una Comunidad Autónoma tanto de la fuerza de obligar de la Constitución como de un principio de lealtad constitucional que obliga a todos, concreción a su vez de un deber general de fidelidad a la Constitución, soporte esencial del funcionamiento del Estado autonómico y cuya observancia resulta obligada (FJ 4 b)).

⁸ Véase en tal sentido el alcance de los principios de cooperación y lealtad constitucional entre el Estado y las Comunidades Autónomas como concreción del deber general de fidelidad a la Constitución (STC 217/2016, FJ 3).

⁹ Cfr. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 141 y ss.

constitucionales que contienen principios o valores, habida cuenta de su peculiar estructura normativa y de la menor información que proporcionan acerca de la voluntad del constituyente, si las comparamos con las que encierran disposiciones orgánico-procedimentales. En resumidas cuentas, un principio estructural debe adquirir su significado preciso a partir de su especificación por las restantes normas constitucionales, sobre las que, a su vez, opera como criterio hermenéutico de modo interactivo.

En conclusión, la Constitución que el Rey ha jurado guardar y hacer guardar, y por tanto defender, no es nunca una supuesta Constitución material de perfiles tan dinámicos como confusos, sino el texto de la Constitución formal de 1978 y sus reformas, tal y como ha sido interpretada jurisprudencialmente, si ese es el caso, o tal como de manera prudente y reflexiva entienda el propio Jefe del Estado en primera lectura. Ello se señalará a continuación en relación con diversos supuestos de hecho.

III. El Rey como Jefe del Estado y defensor de la Constitución

En nuestra Constitución al órgano «Jefatura del Estado» se le denomina «Corona». La Corona es un órgano unipersonal, cuyo titular, el Rey, accede a él de modo vitalicio y por herencia. La herencia es el presupuesto o la condición del acceso, no el título, que es constitucional (*Rex ope Constitutionis*).

Siendo los órganos constitucionales, como es sabido, aquellos órganos del Estado que ejercen de forma suprema una función constitucional (de naturaleza legislativa, ejecutiva o jurisdiccional), la Corona es un órgano constitucional especial. Y ello no solo, o no tanto, porque su titular, el Rey, se halle revestido de una superior dignidad formal, sino porque ese órgano está en el centro de todas las funciones básicas del ordenamiento constitucional: es cotitular de todas ellas¹⁰. Precisamente por eso la función del Rey no se traduce en actos dotados de una forma y de una eficacia (en suma, de una *fuerza*) específicas. El Rey participa, de uno u otro modo, en el ejercicio de todas ellas.

El artículo 56.1 CE, norma de competencia institucional de la Corona, hace del Rey «símbolo de la unidad y permanencia del Estado» y le proclama árbitro y moderador del funcionamiento *regular* de sus instituciones. A este respecto el Rey desempeña una función de reserva, es decir, de desbloqueo y dinamización del sistema constitucional y de las relaciones en que el mismo se articula. Coordina, en suma, el funcionamiento armónico y fluido de los órganos constitucionales en aquellos supuestos en que resulte preciso¹¹.

¹⁰ Cfr. Ignacio de Otto, en *idem*, Ramón Punset, Francisco J. Bastida, Joaquín Varela y Juan Carlos Duque, *Derecho Constitucional. Segundo Curso*, Departamento de Derecho Político de la Universidad de Oviedo, 1985, p. 62.

¹¹ Como escribía Ignacio de Otto, «lo esencial no radica en las facultades o poderes de los que el Jefe del Estado es titular, sino en el uso de esas facultades en cuanto viene funcionalmente determinado por las exigencias del sistema en su dinámica real. La idea de función de reserva implica que las facultades de que dispone el Jefe del Estado sólo se actúan en un poder propio en la medida en que el funcionamiento del sistema lo exija». Se trata —proseguía diciendo— de una «función de desbloqueo, de supresión de factores de disturbio en el funcionamiento del sistema...». Hablar de función de reserva «parece una concepción menos mítica y más

Sin embargo, el Rey ejerce, principalmente, y en tanto que símbolo y centro de convergencia de la unidad estatal y de su ordenamiento, una función unificante y representativa. En efecto, el Rey personifica y encarna el Estado como persona abstracta (el Estado no es, en definitiva, sino el sujeto de imputación de un ordenamiento jurídico territorial soberano), lo que puede condensarse en su función representativa o declarativa. El Rey tiene como misión capital *representar*, o sea, hacer presentes, y *declarar* como actos válidos del Estado los actos de los órganos estatales, que devienen por su intermedio manifestación de la voluntad estatal. En suma, cuando constitucionalmente se califica al Rey como símbolo de la unidad estatal, se quiere decir que el Rey hace visible el poder invisible del Estado mediante las firmas con que suscribe los actos estatales fundamentales¹². Según observó García-Pelayo a la vista del Proyecto de Constitución, la Corona «es la institución integradora de los poderes en los que se condensan las decisiones superiores del Estado»¹³.

Pero téngase igualmente en cuenta que, según la Constitución (art. 56.1), el Rey no simboliza únicamente la unidad, sino también la «permanencia» del Estado, o sea, la continuidad de su existencia constitucional, lo que le compromete en la defensa activa y proactiva de la misma.

Todos estos aspectos de la concepción del Rey como órgano *representativo o declarativo* situado en el centro de las funciones constitucionales básicas (vertiente simbolizadora de la unidad del Estado) y como órgano de defensa constitucional (vertiente simbolizadora de la permanencia del Estado y de la función arbitral y moderadora de la Corona) deben confirmarse en el examen —aquí, por lo demás, forzosamente sumario— de las competencias formales que le atribuye la Constitución.

1. EL REY Y EL PODER CONSTITUYENTE CONSTITUIDO

Ocioso es advertir que en una Monarquía parlamentaria como la nuestra (art. 1.3 CE) la competencia decisoria en orden a la reforma de la Constitución pertenece úni-

realista de la Jefatura del Estado» que los análisis tradicionales de su posición en términos de equilibrio de poderes, de poder moderador y arbitral. El Jefe del Estado actúa como un elemento dinamizante de un sistema «cuyo conjunto de relaciones es el único capaz de asegurar en términos no ya de un hipotético y discutible equilibrio, sino de un funcionamiento coordinado de todos los órganos» (*ibidem*, pp. 57-58).

¹² Cfr. Joaquín Varela, en Ignacio de Otto *et al.*, ob. cit., p. 69. Según sostenía De Otto, «la representación que aquí se caracteriza como un poner de manifiesto descansa básicamente sobre la personificación en un individuo concreto de la unidad de imputación de actos que es el sujeto abstracto Estado. Este no puede actuar más que a través de sus órganos y uno de ellos, el Jefe del Estado, tiene por específica misión “declarar” como actos del Estado los actos de los órganos de éste, declaración mediante la cual las manifestaciones de voluntad de esos órganos dejan de ser actos de los mismos y se transforman en actos del sujeto Estado. Esta función declarativa tiene múltiples expresiones: aparece de manera directa en la promulgación de la ley, en el nombramiento de funcionarios, incluido el propio Gobierno, y en la firma de los tratados internacionales. La personificación del sujeto de imputación se manifiesta también en... la jefatura de las Fuerzas Armadas, en la facultad de convocatoria de los órganos legislativos o de convocatoria del referéndum. Se trata fundamentalmente de incorporar o dar cuerpo a la Constitución en funcionamiento, de hacerla perceptible en un sujeto unitario» (*ibidem*, p. 60).

¹³ Manuel García-Pelayo, *Inédito sobre la Constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2021, pág. 23.

camente a las Cortes y, eventualmente, al electorado nacional. Ningún otro órgano, pues, posee poder constituyente de ninguna clase. No lo poseen ni el Rey ni Asamblea autonómica alguna, ambos en virtud de la Historia o de pretendidos derechos extra-constitucionales. Allí donde existe una Constitución normativa, ningún ente u órgano públicos disponen de poder propio alguno, ajeno al acervo de atribuciones que les otorga el texto constitucional. Todos ellos desempeñan estrictamente parcelas del ejercicio de una soberanía cuyo titular exclusivo es el pueblo español (art. 1.2 CE), de manera que carecen de la facultad, que sería verdaderamente soberana, de ampliar unilateralmente aquel acervo invocando la existencia de un fondo histórico de poder anterior a la Ley Fundamental. Nótese asimismo que el Monarca solo «ejerce las funciones que le atribuyen *expresamente*¹⁴ la Constitución y las leyes» (art. 56.1 CE).

Sin embargo, aunque la Constitución no contiene previsión específica al respecto, en la práctica el Rey, que ya sancionó (aunque sin mención explícita del término) el texto constitucional de 1978¹⁵, viene sancionando las reformas del mismo. Así ocurrió en las reformas constitucionales de 27 de agosto de 1992 y de 27 de septiembre de 2011, y así ha sucedido igualmente en la de 15 de febrero de 2024. La sanción es, desde luego, un acto de naturaleza legislativa, ya que históricamente expresa el consentimiento regio en la aprobación de la ley parlamentariamente adoptada. Pero en la actualidad, aplicando por analogía lo establecido para el procedimiento legislativo ordinario en el artículo 91 CE, se trata también de un acto debido, de manera que el Rey no puede negarse a sancionar en ningún supuesto, ni tampoco oponer un veto suspensivo a la reforma aprobada por las Cortes, devolviéndola para nueva lectura.

Menos pacífica sería la cuestión de si el Rey habría de promulgar la reforma en cualquier circunstancia, incluso si se omitieran o conculcaran requisitos constitucionales del procedimiento reformador, como, por ejemplo, la necesaria aprobación por referéndum de la modificación constitucional, si tal fuere el caso, o los límites temporales a la reforma establecidos en el artículo 169 CE. Al fin y al cabo, mediante la promulgación, que es un acto de naturaleza certificante típico del Jefe del Estado, este testimonia acerca de la regularidad esencial de la aprobación de la reforma, presupuesto del mandato de ejecución que la promulgación también contiene. La negativa regia a promulgar en semejantes supuestos se justificaría adicionalmente teniendo en cuenta que, como hemos visto, en nuestro Derecho no se halla prevista la justiciabilidad ante el TC de las reformas constitucionales, lo que haría inexcusable el control preventivo regio.

¹⁴ El empleo de este vocablo, escribe acertadamente Alzaga, «es significativo de la manifiesta voluntad de los constituyentes de soslayar todo intento político o doctrinal de recabar para el rey funciones que se le pudieran considerar encomendadas por la Constitución en forma latente o tácita» (en Óscar Alzaga Villaamil e Ignacio Álvarez Rodríguez, *Derecho político español según la Constitución de 1978*, tomo II, 7.ª ed., Marcial Pons, 2021, p. 286).

¹⁵ Por disponerlo así expresamente la Ley para la Reforma Política, de 4 de enero de 1977 (art. 3.3), de rango constitucional según su Disposición Final, luego derogada expresamente por la Constitución de 1978 (Disposición Derogatoria, apartado 1).

2. EL REY Y EL EJERCICIO DEL PODER LEGISLATIVO

De acuerdo con el artículo 62 a) CE, corresponde al Rey «sancionar y promulgar las leyes», lo que ha de hacer en el plazo de 15 días, según el artículo 91 de la propia Carta Magna.

Sanción y promulgación son actos de naturaleza distinta y alcance diferente en términos teóricos, que, sin perjuicio de su unidad documental, se ubican en distintas fases del procedimiento legislativo: la sanción dentro de la fase constitutiva o central de dicho procedimiento y la promulgación dentro de la fase integradora de la eficacia del mandato legislativo. Ahora bien, si la sanción tuvo otro significado en el pasado, como manifestación de la participación, bien decisoria o bien meramente suspensiva, del Monarca en la determinación de dicho mandato, la tajante afirmación del artículo 66.2 CE («Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado») elimina de raíz toda posibilidad de veto absoluto; en tanto que el artículo 91 impide la formulación por el Rey de un veto suspensivo. Estamos, pues, en presencia de un acto debido, de un acto forzosamente afirmativo. El Rey no puede negarse a sancionar, no correspondiéndole, en consecuencia, intervención alguna en la fijación del *Gesetzesbefehl*. Mas, dado que, como acabamos de observar, la sanción y la promulgación integran una inescindible unidad documental, ¿puede el Rey negarse a promulgar?

No cabe duda de que la promulgación es igualmente un acto debido a tenor del artículo 91 CE, incluyendo el plazo para sancionar también el de promulgar. Ahora bien, el acto de la promulgación supone que el Jefe del Estado testimonia acerca de la existencia y regularidad formal de un acto: la ley; regularidad a su vez necesaria para la propia validez radical del acto legislativo¹⁶. Por lo tanto, el Rey no puede promulgar aquellos textos no aprobados por las Cortes Generales como órgano bicameral complejo en el procedimiento legislativo. Así se dice también en el artículo 90.2: «el proyecto [de ley en tramitación] no podrá ser sometido al Rey...», aunque se refiera tan solo a la sanción, presupuesto lógico secuencialmente inexcusable de la promulgación. Aquí es preciso distinguir entre validez formal *interna* de una ley (quórum, mayorías cualificadas requeridas¹⁷, congruencia temática lícita del texto legislativo, contenido cons-

¹⁶ Como observaba De Otto, «cuando el Jefe del Estado enjuicia el texto recibido para su promulgación, se limita a comprobar si se dan las condiciones en las que la ley le obliga a promulgar» (ob. ult. cit., p. 61).

¹⁷ En alguna ocasión el Senado se aparta de las previsiones establecidas en el artículo 90 CE, que son estrictamente las de vetar (por mayoría absoluta) o enmendar el proyecto o proposición de ley objeto de previa aprobación por el Congreso, de modo que la Mesa de esta Cámara adopta en tal circunstancia la resolución de elevar el texto legislativo sin más trámites a la sanción real (véase en tal sentido la STC 97/2002, legitimadora de dicha praxis), que el Rey, sin duda alguna, debe acordar, sin perjuicio de la eventual intervención posterior del Tribunal Constitucional sobre la validez procedimental de la ley. Recientemente, el Senado rechazó por mayoría absoluta, pero sin emitir formalmente veto alguno y además fuera de plazo, un proyecto de ley orgánica, de manera que la Mesa del Congreso, en su reunión del pasado 15 de octubre, decidió su traslado a la Presidencia del Gobierno en orden a la sanción de dicho proyecto por el Jefe del Estado (cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 18 de octubre de 2024). La citada ley orgánica (LO 4/2024, de 18 de octubre) se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* del 19 de octubre, sin pronunciamiento alguno, pues, del Pleno del Congreso sobre el pretendido «veto material» del Senado, con la fórmula promulgatoria habitual: «Sabad: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar...».

titucional posible de este en función del tipo de ley de que se trate, etc.) y validez formal *externa* [intervención de las dos Cámaras en el estudio y aprobación de la ley (art. 90), reunión constitucional de las mismas (arts. 67.3, 73 y 79.1 y 2), etc.]. Es respecto a esta última donde debe intervenir, en su caso, el Rey en tanto que Jefe del Estado llamado a certificar o dar fe de la *existencia constitucional* de la ley aprobada por las Cortes. Ello es perfectamente compatible con la institución de una jurisdicción constitucional de la que resulta titular el TC, no tiene nada que ver con la vieja tesis del Jefe del Estado como único guardián de la Constitución (ya hemos dicho que nuestra Constitución normativa, precisamente por serlo, conlleva una pluralidad de guardianes) y encaja plenamente con la naturaleza certificante del acto de la promulgación y de la función notarial típica de la Jefatura del Estado. Tampoco guarda relación alguna con la doctrina de los poderes implícitos, que descarta por completo el artículo 56.1 CE.

De lo dicho se desprende que el Rey en modo alguno controla la validez procedimental de la ley, asunto reservado exclusivamente a la competencia del TC. Tampoco verifica la constitucionalidad de los decretos-leyes en cuanto a la concurrencia o no en ellos del llamado presupuesto circunstancial habilitante de su emanación (la «extraordinaria y urgente necesidad» que requiere la Ley Fundamental), ni de los decretos legislativos en cuanto a su acomodación *intra vires* de la correspondiente ley de delegación. Esto es evidente, pero también lo es que unas y otras disposiciones con fuerza de ley —invasoras (sobre todo las primeras, abusivas por su desaforada reiteración) de la potestad legislativa de las Cortes Generales— deben haber sido aprobadas por el Consejo de Ministros colegiadamente, requisito indispensable de su «expedición» por el Jefe del Estado [cfr. arts. 62 f) CE y 5.1 c) de la Ley 50/1997].

También dentro de este epígrafe ha de mencionarse la posición del Rey en el procedimiento de celebración de tratados. Previamente, sin embargo, debe señalarse que, sin perjuicio de la dirección de la política exterior que compete en exclusiva al Gobierno (art. 97 CE), la Constitución declara que el Rey «asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica» (art. 56.1). Pues bien, de acuerdo con el carácter *representativo* que venimos constatando en el Monarca como Jefe del Estado, el artículo 63.2 CE determina que le «corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes». Manifestación que, ciertamente, se expresa en un acto debido, pero que también requiere del Rey la verificación de la concurrencia de los presupuestos jurídicos de la firma de los oportunos instrumentos de ratificación y de adhesión. Así, respecto a aquellos tratados cuya celebración requiere una autorización parlamentaria mediante ley orgánica (art. 93), su posición es la indicada anteriormente en relación a toda clase de leyes. Lo cual supone que ha de atender solamente a su validez formal externa, dejando la interna en manos del TC.

Tanto en la tramitación en las Cortes de la citada ley orgánica como de la autorización no legislativa (en realidad, paralegislative) de los tratados a que se refiere el artículo 94.1 CE, la manifestación regia del consentimiento del Estado no puede producirse:

- a) Cuando se haya instado del TC una previa declaración de constitucionalidad de los mismos (arts. 95.2 CE y 78 LOTC) y hasta tanto el Alto Tribunal se pronuncie favorablemente.
- b) Cuando el TC se haya pronunciado declarando la inconstitucionalidad del tratado cuya autorización parlamentaria se demanda, declaración que es de carácter vinculante (art. 78.2 LOTC), pues entonces se exige la reforma de la Constitución (art. 95.1 CE).
- c) Cuando las eventuales discrepancias entre el Congreso y el Senado sobre la concesión de autorización no se hubieran resuelto de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 74.2 CE, ya que entonces no se habría respetado el carácter bicameral complejo del procedimiento autorizador, lo cual afectaría a la validez formal externa de la conformidad parlamentaria otorgada, sin que parezca aquí posible la intervención del TC a resultas de un conflicto interorgánico promovido por la Alta Cámara [arts. 59.1 c) y 73 y ss. de la LOTC].

Respecto de los tratados o convenios que no necesitan autorización parlamentaria de ninguna clase (art. 94.2 CE) y en los que la competencia material recae, por tanto, en el Gobierno, la firma del instrumento de manifestación del consentimiento por el Rey constituye un acto debido, con independencia del juicio que le merezcan en orden a una eventual invasión de las atribuciones de las Cortes, remediable *a posteriori* por vía de conflicto constitucional o a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad. La negativa regia solo tendría sentido si no hubiera mediado al efecto acuerdo del Consejo de Ministros. Algo parecido podría decirse de una autorización parlamentaria que indebidamente no se hubiera contenido en una ley orgánica a pesar de que el tratado atribuyese «a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» (art. 93 CE), asunto reservado al conocimiento exclusivo del Tribunal Constitucional [art. 27.2 c) LOTC], lo que prohíbe su verificación por el Jefe del Estado en orden a firmar el correspondiente instrumento de ratificación o de adhesión. Y ello con independencia de que un eventual pronunciamiento estimatorio del TC solo podría tener un efecto meramente declarativo.

Finalmente, debe propugnarse una solución similar a la ya mencionada acerca de la posición del Jefe del Estado en los supuestos de control previo de constitucionalidad de tratados o convenios internacionales, cuando se haya formulado recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía y contra propuestas de reforma estatutaria, una vez aprobados definitivamente por las Cortes Generales. El artículo 79 IV LOTC, en efecto, establece que el plazo de interposición del recurso será de tres días desde la publicación del texto aprobado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» (BOCG) y que dicha interposición suspenderá automáticamente todos los trámites subsiguientes: por tanto, bien, en su caso, la convocatoria regia de referéndum, bien la sanción y promulgación de la correspondiente ley orgánica. Si el TC declara la inconstitucionalidad del texto impugnado, la tramitación del mismo no podrá proseguir hasta que los preceptos afectados hayan sido suprimidos o modificados por las Cortes (art. 79 VIII LOTC). Por descontado, nada tiene que decir el Rey sobre la correcta acomodación posterior de dichos preceptos al pronunciamiento del TC, de

manera que convocará el referéndum [art. 62 c) CE] o sancionará la ley orgánica una vez que la rectificación o supresión citadas (otra cosa sería la total ausencia de estas, que bloquearía la intervención del Jefe del Estado) hayan sido objeto de publicación en el BOCG. Máxime teniendo en cuenta que «el pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal en los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad que pudieren interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de ley del texto impugnado en la vía previa» (art. 79 IX LOTC).

3. EL REY Y LA FORMA PARLAMENTARIA DE GOBIERNO

El carácter representativo o declarativo del Rey como Jefe del Estado se manifiesta también en la firma de los actos estatales, en su mayor parte relacionados con la forma de gobierno, a que se refieren los artículos 62 y 63 CE. En todos ellos dicho carácter —y, en definitiva, la propia supremacía de la Ley Fundamental— le obliga a verificar la concurrencia de los requisitos que el ordenamiento establece para configurar el acto debido de que se trate, y así lo demanda la Constitución misma expresamente al referirse en los citados preceptos a los «términos» y «casos» establecidos en el texto constitucional o al utilizar en ellos la expresión «con arreglo a las leyes». De nuevo estamos ante la figura del Rey *verificador*, en tanto que titular de la jefatura estatal.

a) Así ocurre, en primer lugar, con la competencia regia de «convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones en los términos previstos en la Constitución» [art. 62 b) CE]. Congruentemente con la proclamación solemne en el Título Preliminar de que «la forma política del Estado Español es la Monarquía parlamentaria» (art. 1.3)¹⁸, carece el Rey aquí —a diferencia de cuanto acaecía en la Monarquía constitucional— de toda potestad material, de modo que, fuera de los supuestos de disolución *ope legis* (arts. 99.5 y 168.1), es únicamente al Presidente del Gobierno a quien compete adoptar la decisión correspondiente («bajo su exclusiva responsabilidad», según el art. 115.1). Pero el Rey ha de denegar su firma si no se han cumplido los requisitos constitucionalmente exigidos: deliberación previa del Consejo de Ministros, que no se halle en trámite una moción de censura (art. 115.2), que haya transcurrido un año desde la anterior disolución (art. 115.3), que no esté declarado uno de los estados de crisis (alarma, excepción y sitio: art. 116.5) y que el Real Decreto de disolución fije la

¹⁸ Tiene plena razón Juan José Solozabal cuando observa que «no hay que deducir de *esta cláusula definitoria* una virtualidad autónoma que permita al intérprete obtener desarrollos al margen de las concreciones en la propia CE de esta calificación, pero sí que tal fórmula posibilita una comprensión integrada de todas las normas o principios acogidos efectivamente en nuestra CE, a la luz de planteamientos de la teoría del régimen parlamentario, así como la remisión a experiencias del funcionamiento de este en otros ordenamientos de la misma naturaleza que no resulten incompatibles con las propias determinaciones constitucionales» («La problemática constitucional de la formación del Gobierno y la intervención del Monarca en nuestro régimen parlamentario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, enero-abril de 2017, p. 38). Por otra parte, y según advirtiera ya García-Pelayo, si bien en toda Europa la Monarquía parlamentaria ha sido el resultado, no de previsiones constitucionales concretas, sino de una lenta evolución, la Constitución española de 1978 es realmente el primer ejemplo de Constitución en la que desde el origen se intenta configurar dicha forma de gobierno a través de la norma constitucional escrita (ob. cit., págs. 94-95).

fecha de las elecciones (art. 115.1). Y lo mismo si el Gobierno está en funciones (art. 21.4 de la Ley 50/1997), cosa por lo demás obvia.

Lo propio sucede, por lo que respecta al carácter de acto debido de la firma del Rey, con el Real Decreto de convocatoria de referéndum «en los casos previstos en la Constitución» [art. 62 c)], y no en otros, teniendo que considerarse exhaustiva la enumeración casuística referendaria de la Ley Fundamental.

b) Es evidente que el núcleo de la forma de gobierno parlamentaria radica en la relación fiduciaria que mantiene con la Asamblea libremente elegida un Gabinete o un Primer Ministro designados por dicha Asamblea con total independencia sustantiva del Jefe del Estado, sin perjuicio del impulso procedimental de este si la Constitución así lo dispone. Entre nosotros es el Congreso quien otorga su confianza no a un equipo ministerial, sino al líder de ese futuro equipo, que, una vez investido, propone al Rey los miembros de su Gobierno, desconocidos tanto por la Cámara como por el Monarca antes de que tenga lugar tal investidura. El Rey, sin embargo, no resulta ajeno en absoluto al recorrido de la investidura, pues le corresponde «proponer el candidato a Presidente del Gobierno y, en su caso, nombrarlo, así como poner fin a sus funciones en los términos previstos en la Constitución» [art. 62 d)]. En cuanto a los demás miembros del Gobierno, el Rey los nombra y separa a propuesta de su Presidente [arts. 62 e) y 100]. Siendo este último un acto reglado y debido, no ocurre igual con la propuesta regia de los candidatos a la investidura.

De acuerdo con el artículo 99.1 CE, «después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda¹⁹, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno». La cabal interpretación de este precepto —y, en definitiva, del margen de libertad de acción del Jefe del Estado en razón de su función constitucional de reserva— resulta indisociable de las demás previsiones del artículo 99. En efecto, 1) si el candidato propuesto obtiene la confianza del Congreso por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, el Rey le nombrará Presidente del Gobierno; 2) de no obtener dicha mayoría, la propuesta se votará 48 horas después, bastando entonces con la mayoría simple; 3) si aun así no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas regias hasta que transcurran dos meses desde la primera votación, plazo a partir de cuyo agotamiento «el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso» (art. 99.5).

Puesto que en la Monarquía parlamentaria el Presidente del Gobierno nunca precisa de la confianza del Rey, ni en el acceso al cargo ni en el desempeño del mismo, las facultades de propuesta regia, incardinadas en su función o poder de reserva, se hallan, como ancillares que son, totalmente dirigidas a presentar al Congreso, de acuerdo

¹⁹ Es decir, cuando el Congreso rechace una cuestión de confianza planteada por el Presidente del Gobierno o cuando haya tenido lugar la dimisión o el fallecimiento del mismo (arts. 101.1, 112 y 114.1). Por el contrario, téngase en cuenta la completa limitación de la actuación regia cuando el Congreso adopta una moción de censura, supuesto en el que «el Gobierno presentará su dimisión al Rey y el candidato incluido en aquélla se entenderá investido de la confianza de la Cámara a los efectos previstos en el artículo 99. El Rey le nombrará Presidente del Gobierno» (art. 114.2).

con las consultas celebradas y demás fuentes de información, un candidato capaz de obtener, en primera o segunda vuelta, la confianza de la Cámara. Tal ha de ser el único objetivo del Rey, y así ha sido corroborado por la modélica experiencia institucional desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978. En suma, la facultad de propuesta es, en todo caso, un «poder vinculado»²⁰, aunque las circunstancias puedan convertirlo en un *poder predictivo*, pero jamás puede ser un poder independiente de la voluntad del Congreso. Por lo tanto, y como se ha observado casi desde el principio mismo de la puesta en marcha de la Constitución, si existe un candidato con mayoría absoluta, el Rey debe proponerlo, y no puede proponer a ningún otro. De igual forma, y por desarrollo lógico, al Rey no le está permitido proponer como candidato a quien, a tenor de las consultas, suscite la oposición mayoritaria del Congreso²¹. Ahora bien, no parece menos indudable que la función de reserva conlleva igualmente una conducta proactiva del Monarca en orden a propiciar, desde la más completa neutralidad, un diálogo interpartidario conducente a obtener una investidura en aquellos supuestos en que la voluntad parlamentaria no está formada²². Sin embargo, en el supuesto de que ningún

²⁰ Ignacio de Otto, «La posición constitucional del Gobierno», en *Documentación Administrativa*, núm. 188, pp. 139-182, recogido en *Obras Completas*, Universidad de Oviedo y CEPD, Oviedo, 2010, p. 1129, por la que cito. En la propuesta de Felipe VI en favor de Alberto Núñez Feijóo (23 de agosto de 2023), se adujo como justificación de la misma la práctica institucional de designar siempre (excepto en la XI Legislatura, 2016) al candidato del partido con mayor número de escaños, una «costumbre» (sic) respecto de la cual las consultas celebradas no han mostrado la existencia de una mayoría suficiente para la investidura que la hiciera decaer. Esto acredita que el Rey (y era la primera vez que el Jefe del Estado lo hacía desde 1978) quiso «objetivizar» lo más posible su función, ateniéndose a los precedentes. Fallida, sin embargo, dicha candidatura, el Monarca, tras una nueva ronda de consultas, propuso a Pedro Sánchez el siguiente 3 de octubre, aludiendo a su «disposición a ser candidato en un nuevo proceso de investidura», lo que introdujo un elemento psicológico («disposición») del todo ajeno a un procedimiento en el que el Jefe del Estado verifica, mediante las consultas, los respectivos apoyos parlamentarios o al menos los supone con un cierto grado de verosimilitud. Verdad es, sin embargo, que al depender la candidatura de Sánchez de los votos de partidos independentistas antisistema que ni siquiera comparecen en el trámite de consultas, la función regia adquiere aquí un tinte predictivo. Tampoco resulta precisamente inimaginable que los partidos, deliberadamente, no ofrezcan al Rey una explicación clara de su posición, con el fin de situarse en el marco de una tensión negociadora que les resulte más beneficiosa para obtener mayores contraprestaciones del aspirante a la presidencia del Gobierno. Esto encaja con el elevado número de partidos de carácter territorial existentes en el Congreso, poco propicios, por su propia razón de ser, a atender al interés nacional.

²¹ Cfr. De Otto, *ibidem*, pp. 1130-1131.

²² Como opina De Otto, en las consultas «es necesario que el Rey actúe como catalizador que promueva las conversaciones entre todos los posibles candidatos y que apoye, presentándolo, al que se encuentre en situación de obtener el respaldo político más amplio. Sobre este punto no es posible una mayor precisión, pero lo que parece evidente es que el Rey en modo alguno puede utilizar las facultades que le confiere el artículo 99 para promover una fórmula en detrimento de otra, o para excluir sistemáticamente alguna, por más que el plazo de dos meses sea un instrumento que la Constitución pone en sus manos para reforzar sus actuaciones en este terreno» (*ibidem*, p. 1132).

En un artículo de prensa publicado en 2016, me preguntaba lo siguiente: «¿Quién debe ser, en el procedimiento de investidura, el creador de consensos cuando los vetos mutuos o las actitudes maximalistas de los partidos bloquean la formación de un nuevo Gobierno? Si el Rey se circunscribe a una tarea de simple impulso procedimental y a certificar finalmente, sin actividad mediadora alguna, el fracaso de los intentos de investidura, ¿qué significa entonces la función que la Constitución le atribuye de arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones? Puede que una actitud estrictamente notarial ocasione un

líder parlamentario aceptase la propuesta del Rey o, transcurrido un tiempo, renunciase a ella (algo totalmente lícito, a mi juicio), la situación quedaría bloqueada, al no poderse acudir a las previsiones del artículo 99.5 CE sin, al menos, una primera votación de investidura fallida²³. Es aquí donde el citado precepto constitucional muestra su mayor carencia, pues, a fin de prevenir todas las contingencias, el *dies a quo* del plazo debiera sin duda contarse desde la constitución de la Cámara, lo que únicamente sería posible mediante una reforma de la Constitución. Así las cosas, cabe preguntarse si el Jefe del Estado puede proponer a un candidato que de antemano se sabe que no va a obtener la confianza de la Cámara con el único objeto de activar la vía hacia unas nuevas elecciones. No veo inconveniente, ni me parece una desnaturalización del procedimiento constitucional de investidura (ya que la exposición y debate del programa del candidato siempre persigue un objetivo suasorio cuyo resultado no se encuentra férreamente predeterminado), pero a condición de que, tras una nueva ronda de consultas, se postule al efecto el líder de uno de los dos grandes partidos nacionales, sin que el Rey pueda designar al líder de un partido minoritario y, menos aún, a un *tertium* ajeno al Congreso (un técnico prestigioso, por ejemplo), lo que, en el primer caso, desvirtuaría la finalidad genuina de dicho procedimiento, y en el segundo pondría en jaque la neutralidad regia. Finalmente, no considero que el Presidente del Congreso deba suplir al Rey en la conducta proactiva señalada, como alguna doctrina pretende, algo que no autorizan ni la Constitución en el artículo 99 ni el mismo Reglamento de la Cámara, el cual circunscribe su tarea a convocar el Pleno de investidura «una vez recibida en el Congreso la propuesta de candidato a la Presidencia del Gobierno» («convocará», establece imperativamente el art. 170 RCD), es decir, inmediatamente. Sin embargo, fuera de los supuestos en que un partido ha alcanzado la mayoría absoluta de los escaños del Congreso, el amplio desbordamiento del *ius cogens* reglamentario se ha convertido en la regla general²⁴. Con lo cual una autoridad no imparcial, integrante del grupo parla-

menor desgaste político a la Corona. O puede que genere el efecto opuesto, porque el descrédito de los partidos ante este monumental fracaso de la capacidad de pactar terminará por afectar a todos los actores institucionales del Estado democrático» (R. Punset, «Lecciones de una frustración», *Diario de Mallorca*, 6 de mayo de 2016, publicado igualmente en otros medios de Editorial Prensa Ibérica).

²³ Escribe Miguel Revenga, tras preguntarse «qué ocurriría si pasaran los meses sin que fuera posible tramitar propuesta alguna», que así como «no ofrece duda el hecho de que nuestro sistema no admite disoluciones automáticas sin que alguien haya comparecido ante el Congreso como candidato y se haya sometido a la doble votación, creemos que aquí hay una laguna que convendría colmar» («La funcionalidad del artículo 99 de la Constitución ante el caso de un resultado electoral fragmentado: ¿mejorar su aplicación o proponer su reforma?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, p. 117). En efecto, recordemos al respecto que recientemente, y por mor de esa laguna, ha habido dos larguísimos períodos de Gobierno en funciones (Rajoy, 316 días: 2015-2016, y Sánchez, 254 días: 2019-2020).

²⁴ Cfr. José M.ª Porras Ramírez, «La Corona y la propuesta de candidato a Presidente del Gobierno: nuevas prácticas y viejas normas», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, pp. 236-237.

A propósito de la corrección del ejercicio regio de su función impulsora, sostiene este autor que la actuación del Rey «ha de ser, en todo momento, convalidada por el Presidente del Congreso, lo que conlleva su examen y control» (cfr. *ibidem*, pp. 240-241, y más recientemente en «Cómo reforzar la confianza en la Corona», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 128, pp. 324-326). Pero aquí hay que distinguir, según creo, entre las diversas fases en que se articula el procedimiento: no obstante el carácter vinculado de la propuesta de candidatos, la competencia material corresponde indudablemente al Rey, que es quien ha

mentario de la mayoría o de aquel que compite por obtener una alianza de investidura aún no lograda, controla a su arbitrio el tiempo de modo absoluto, a fin de propiciar, más o menos generosamente, la fructificación de las negociaciones emprendidas por el candidato propuesto *predictivamente* (¿o especulativamente?) por el Monarca²⁵. Probablemente el Rey, consciente de esta situación, debiera posponer razonablemente la apertura de las consultas hasta que la situación de las negociaciones interpartidarias se hallase bien avanzada, ya que es al Jefe del Estado y no al titular de la Presidencia del Congreso a quien la Constitución otorga la facultad de iniciar el procedimiento.

4. EL REY Y LA DEFENSA DE LA PERMANENCIA DEL ESTADO

Como anotábamos más arriba, el Rey simboliza la «permanencia» del Estado (art. 56.1 CE), lo que es tanto como afirmar que encarna la continuidad de su existencia constitucional y le compromete en su defensa mediante el ejercicio de la función arbitral y moderadora de la Corona en orden al «funcionamiento *regular* (o sea, de acuerdo con la Ley Fundamental, regla suprema) de las instituciones».

a) El supuesto de hecho más celebre es el de la intervención de Juan Carlos I en la desactivación del golpe de Estado perpetrado el 23 de febrero de 1981. Como dejó escrito Ignacio de Otto, el Monarca hizo un uso correcto del «mando supremo de las

recabado y oído en exclusiva las consultas, por lo que el Presidente del Congreso ha de refrendar obligatoriamente dicha propuesta, que en absoluto compromete la capacidad de decisión de la Cámara. Por el contrario, el nombramiento del candidato investido de la confianza del Congreso supone para el Monarca un acto totalmente reglado y debido (sin perjuicio de que el presupuesto del mismo, que debe constarle al Rey, sea la obtención de las mayorías constitucionalmente prescritas), de manera que el Presidente del Congreso tendría que negar su refrendo si el real decreto no contuviera el nombre del candidato investido en sede parlamentaria, lo cual es, desde luego, inimaginable. Señala García-Pelayo la contradicción que se da a su juicio entre el carácter de propuesta del candidato atribuida al Rey y la necesidad (*ex arts. 64.1 y 99.1 CE*) de refrendo de un acto de tal naturaleza. «En la propuesta, escribe, no hay responsabilidad alguna, puesto que a nada obliga y, en consecuencia, carece absolutamente de sentido que haya de refrendarla nadie» (ob. cit., págs. 98-99).

²⁵ Así, la Presidenta del Congreso fijó el debate de investidura de Núñez Feijóo para celebrarse 35 días después de la propuesta regia, argumentando que, «con esta fecha, se da un tiempo más que prudencial para que el candidato pueda realizar las negociaciones oportunas», teniendo en cuenta que «la media del tiempo transcurrido en las pasadas legislaturas fue de, aproximadamente, un mes» (Nota de prensa del 23 de agosto de 2023). En cambio, rechazada por la Cámara la candidatura de Feijóo y recibida la propuesta posterior del Rey en favor de Pedro Sánchez (3 de octubre), la Presidenta no fijó fecha alguna para el correspondiente debate, sino que, contemplando únicamente el mecanismo de disolución del artículo 99.5 CE (que entraría en juego el 27 de noviembre), se remitió al momento en que «la situación estuviese madura» a fin de convocar el Pleno. Esto suponía dar completa libertad al candidato para dilatar su investidura cuanto fuese necesario a fin de alcanzar sus objetivos negociadores.

Como escribí en otro lugar, asistimos de esta guisa a la potenciación *extra ordinem* del papel del Presidente del Congreso, quien se arroga una omnimoda libertad de convocatoria del Pleno de investidura que no le otorga en absoluto el artículo 170 del Reglamento de la Cámara, y que deja al Monarca reducido al papel de mera dama de compañía. Y no es eso lo que la Constitución ha querido que fuera el Jefe del Estado en la selección de los candidatos a la Presidencia del Gobierno (R. Punset, «El Rey y la investidura: primer acto», *El Periódico de España*, 10 de septiembre de 2023).

Fuerzas Armadas» [art. 62 h) CE] dentro del poder de reserva. De no haber ostentado esa potestad sin competencia, la actuación regia —dirigida a restablecer mediante la impartición de órdenes militares la disciplina castrense conculcada por los rebeldes— no tendría otro fundamento que el concepto de necesidad, invocado por la doctrina en este caso. «Una justificación correcta, pero peligrosa por la dificultad evidente de circunscribir las consecuencias que la necesidad tiene sobre las potestades regias». Y lo peculiar aquí del uso del poder de reserva es que no se trataba de «coadyuvar al funcionamiento de las instituciones del Estado en el proceso de formación de su voluntad, sino de suplirlas por entero por imposibilidad física de su funcionamiento, con la exclusiva finalidad de hacer posible éste y, por tanto, poner fin al ejercicio del propio poder de reserva. Difícilmente cabe imaginar un supuesto más claro para que entre en juego esa función típica del Jefe del Estado»²⁶. En su breve mensaje televisado al país, el Rey era bien consciente del papel que la Ley Fundamental le había otorgado en defensa de la misma, aludiendo a las medidas necesarias para «mantener el orden constitucional» y declarando que: «La Corona, símbolo de la permanencia y unidad de la Patria, no puede tolerar en forma alguna acciones o actitudes de personas que pretendan interrumpir por la fuerza el proceso democrático que la Constitución votada por el pueblo español determinó en su día a través de referéndum»²⁷.

b) Otro supuesto de ejercicio del poder de reserva por parte del Rey tuvo lugar ante el gravísimo hecho de la celebración (el 1 de octubre de 2017) de un referéndum ilegal de autodeterminación como paso previo a la declaración de independencia efectuada días después por la Generalidad de Cataluña. En su mensaje del 3 de octubre, dirigido «a todo el pueblo español», tras reprochar a las autoridades autonómicas el incumplimiento de la Constitución y del Estatuto y su «deslealtad inadmisibles hacia los poderes del Estado», poniendo en riesgo la armonía y la convivencia social catalana, el Monarca quiso «subrayar una vez más el firme compromiso de la Corona con la Constitución y con la democracia», su «entrega al entendimiento y concordia entre españoles» y su «compromiso como Rey con la unidad y la permanencia de España». En el cuerpo central de su contundente discurso, Felipe VI realizó una declaración y una apelación: 1) las autoridades citadas, «de una manera clara y rotunda, se han situado totalmente al margen del derecho y de la democracia. Han pretendido quebrar la unidad de España y la soberanía nacional, que es el derecho de todos los españoles a decidir democráticamente su vida en común»; 2) por consiguiente, «es responsabilidad

²⁶ Ignacio de Otto, «El mando supremo de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23, 1988, pp. 42-43.

²⁷ Para Giorgio Lombardi, al Rey se le atribuye en nuestra Constitución «un papel de integración político-constitucional, y es sobre este papel sobre el que se ha apoyado la actividad del monarca como defensor y garante». Durante el 23-F, la Constitución fue salvada íntegramente por la intervención regia. «Así, pues, concluye, es evidente que cuando el Jefe del Estado asume la función de auténtico garante de la Constitución, lo que se garantiza es la normativa constitucional, junto con el reconocimiento permanente de los valores sobre los que la Constitución se fundamenta. Lo mismo puede decirse en aquellos supuestos en los que se pretenda efectuar algún tipo de cambio fuera de las formas de revisión previstas por la Constitución» (Estudio preliminar a *La polémica Carl Schmitt/Hans Kelsen sobre la justicia constitucional*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. XLVIII-XLIX).

de los legítimos poderes del Estado asegurar el orden constitucional y el normal funcionamiento de las instituciones, la vigencia del Estado de Derecho y el autogobierno de Cataluña, basado en la Constitución y en el Estatuto de Cataluña». Bien lógicamente, el Rey se abstuvo de señalar o sugerir los cauces constitucionales que debían utilizarse para alcanzar tales fines por parte de las autoridades estatales. Éstas resolvieron acudir al ejercicio de la «coacción federal» o «coerción estatal directa» previsto en el artículo 155 CE, en cuyo procedimiento decisorio únicamente intervienen el Gobierno de la Nación y el Senado²⁸.

c) Cabe preguntarse por qué el Rey no ha hecho uso públicamente de su función arbitral y moderadora en relación con los gravísimos retrasos que sufren las renovaciones, obligadamente periódicas, de órganos constitucionales como el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, esenciales en nuestra forma estatal para garantizar, respectivamente, la supremacía constitucional y la independencia judicial. En el caso del CGPJ, pendiente la designación de sus 20 Vocales desde finales de 2018, el silencio público del Jefe del Estado resulta particularmente clamoroso. Téngase en cuenta que la no renovación del órgano de gobierno del Poder judicial por parte del Congreso y del Senado carece por completo de cauce jurisdiccional de control, de manera que sólo el ejercicio regio de su función de desbloqueo, realizado mediante una pública, solemne y contundente apelación a la responsabilidad institucional de los partidos y a su lealtad constitucional, puede mover a la opinión pública a censurar con la debida efectividad un obstruccionismo institucionalmente patológico, y al presente ya de efectos sistémicos²⁹.

d) En relación con los instrumentos excepcionales previstos por la Constitución para su defensa mediante la declaración de los respectivos estados de crisis, también ha de hacerse constar la peculiar nomofilaxis constitucional que le compete realizar al Rey, como Jefe del Estado, en el desempeño de su función de verificación.

Por lo que respecta al estado de alarma (art. 116.2 CE), no corresponde ciertamente al Rey, sino al Tribunal Constitucional en último término, el control de la verdadera concurrencia de los supuestos de hecho que motivan su declaración, así como de la congruencia y proporcionalidad de las medidas adoptadas y de su encaje constitucional

²⁸ Véanse el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017 y el Acuerdo del Pleno del Senado por el que se aprueban, matizadamente, las medidas coercitivas requeridas por el Gobierno (BOE del 27 de octubre). Acerca de la exclusiva intervención del Gobierno y de la Alta Cámara en el procedimiento y de la naturaleza del mismo, cfr. STC 89/2019, FJ 4.

²⁹ El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente, una vez más, acerca de la no renovación del Consejo, poniendo de relieve que el Congreso y el Senado incumplen un deber constitucional. En efecto, en la Sentencia 128/2023 se recuerda que, como había señalado la Sentencia 191/2016 (FJ 8 b)), las Cámaras ostentan «la potestad, y la responsabilidad consiguiente, de designar, en el tiempo legalmente prescrito, los vocales de su elección»; y esta designación es para cada una de las Asambleas «un genuino poder-deber». Nos encontramos, por tanto, como se observaba en la Sentencia de 2016, ante un poder, pero también, al tiempo, ante un deber *ex Constitutione*. Por ello, la situación de prórroga del CGPJ es calificada de «anomalía institucional» [STC 128/2023, FJ 4.º, C), a)].

Finalmente, no el Rey, sino la Comisión Europea (¡), propició un acuerdo entre PP y PSOE que condujo a la renovación del CGPJ, cuyos miembros tomaron posesión de su cargo el 25 de julio de 2024.

dentro del específico estado de crisis declarado³⁰. Pero sí que atañe al Monarca limitarse estrictamente a expedir el Real Decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, así como a suscribir su prórroga únicamente previa autorización del Congreso. Idéntica autorización previa resulta precisa en orden a la declaración del estado de excepción mediante Real Decreto y a su eventual prórroga (art. 116.3). No compete al Jefe del Estado, en cambio, verificar la concordancia de los Reales Decretos mencionados con las condiciones fijadas en la respectiva autorización parlamentaria, de lo que entendería el TC en virtud del planteamiento de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad. Tampoco tiene participación alguna en la declaración y prórroga del estado de sitio (art. 116.4).

IV. Consideraciones finales

Como los demás titulares de los poderes públicos (art. 9.1 CE), el Rey está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Su legitimidad deriva exclusivamente de la Constitución. Es cierto que el texto constitucional califica a Juan Carlos I de «legítimo heredero de la dinastía histórica» (art. 57.1), pero tal declaración no atañe a la radical vinculación constitucional del Rey, sino que se trata, por una parte, de la constitucionalización, en puridad lógica *ex nihilo*, de un Monarca (hasta entonces no estrictamente parlamentario) preexistente a la nueva Ley Fundamental³¹; y, por otra, de la resolución definitiva, por los representantes de la soberanía nacional en sede constituyente, del viejo pleito dinástico con el carlismo y de las pugnas durante el franquismo entre los hijos de Alfonso XIII y sus respectivos vástagos, alentadas por el dictador³². Así, en resumidas cuentas, la herencia dentro de la legitimidad histórica resulta ser únicamente el presupuesto o la condición de acceso a la Corona, pero no el título por el que se accede a ella, que es estrictamente constitucional, de modo que el Rey lo es solamente *ex Constitutione* y el ejercicio de su alta magistratura debe realizarse *sub Constitutione* y *pro Constitutione*.

La prerrogativa personal de inviolabilidad e irresponsabilidad del Rey (art. 56.3) ni obsta ni debilita la subordinación del Monarca a la Constitución, por más que resulte

³⁰ Véase al respecto la STC 148/2021, que declara inconstitucionales las constricciones a la libertad de circulación por el territorio nacional impuestas por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, al exceder, en tanto que suspensión y no mera limitación de derechos fundamentales, del ámbito del estado de alarma y requerir la declaración del estado de excepción y, por tanto, la previa autorización parlamentaria (art. 116.3 CE).

³¹ Para el carácter de ruptura de la validez respecto del ordenamiento constitucional anterior que supone la Constitución de 1978, véase De Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., pp. 65-68.

³² Véase esto último con todo detalle en Paul Preston, *Juan Carlos. El rey de un pueblo*, Debate, Barcelona, 3.^a ed. actualizada, 2023. Añádase a lo anterior que, como anota el propio Preston, esa «legitimación» del artículo 57 «eliminó de un plumazo los orígenes franquistas de la monarquía» (pág. 478). Y en otro pasaje de su obra sostiene que la valentía y determinación del Rey Juan Carlos I «en defensa de la democracia el 23 de febrero de 1981 había dado una legitimidad *de facto* a la legitimidad dinástica resultante de la renuncia de su padre y la legitimidad democrática derivada de los dos referéndums de 1976 y 1978» (p. 600).

hoy chirriante al aplicarse al Jefe del Estado de un Estado de Derecho, aunque suceda lo propio en las restantes monarquías parlamentarias europeas³³. Además, la eventual infracción por el Rey de los preceptos constitucionales se encuentra, si no completamente impedida por la obligación (*ex art. 56.3 CE*) del refrendo universal de sus actos, de otro modo carentes de validez —habida cuenta de que tal infracción puede revestir la modalidad de un acto negativo, como el incumplimiento de la obligación de sancionar una determinada ley, verbigracia—, sí fuertemente limitada. Ya hemos dado cuenta de los supuestos en que el Rey no solo puede, sino que debe, negarse a promulgar una reforma de la Constitución o la aprobación de una ley ordinaria u orgánica, o expedir un real decreto o rechazar la prestación del consentimiento del Estado en los tratados internacionales, etc. En este sentido, puesto que el Rey es defensor y guardián de la Constitución, necesariamente se trata de un Monarca *verificador* de la concurrencia de los requisitos que el Derecho establece en orden a generar los actos que forzosamente el Jefe del Estado debe declarar como propios de la voluntad estatal. Tanto los actos negativos regios infractores de la Constitución como los actos negativos tuitivos de la misma carecen, por su propia naturaleza, de refrendo ministerial. Hasta ahora, afortunadamente, no ha tenido lugar ninguno de ellos: de un lado, porque el Rey Juan Carlos I y el Rey Felipe VI han ejercido su alta magistratura con absoluta pulcritud constitucional; del otro, porque ni las Cortes ni el Gobierno han pretendido en ocasión alguna forzar al Monarca a prestar su asentimiento fuera de los estrictos cauces y términos constitucionales.

Como se dijo más arriba, la Constitución que el Rey jura guardar y hacer guardar, y por consiguiente defender, no es una supuesta Constitución material, sino, estrictamente, el texto de la Constitución formal de 1978 y sus reformas, tal y como ha sido interpretado jurisprudencialmente, si ese es el caso, o según entienda el propio Jefe del Estado en primera lectura, no siendo entonces teóricamente imposible una diferencia de criterios entre la Corona y otros órganos constitucionales. Únicamente las normas formalmente constitucionales lo son también materialmente (o sea, supremas y por tanto vinculantes) y dotadas de validez *a se*. Ninguna atribución o acto del Monarca posee un fundamento metapositivo, como evidencia la proclamación de nuestra Carta Magna en el sentido de que el Rey únicamente «ejerce las funciones que le atribuyen *expresamente* la Constitución y las leyes» (art. 56.1). Ahora bien, ello no se opone a que una práctica continuada y pacíficamente aceptada desde el principio como los mensajes regios deba ser vista, no como una mutación constitucional, según se sostiene a veces doctrinalmente, sino como una facultad implícita dentro de la función arbitral y moderadora del funcionamiento regular de las instituciones. No hay competencias implícitas, en cambio, en los actos de verificación antes mencionados, que proceden directamente de la vinculación del Rey a la Constitución, tanto activa como proactiva.

³³ Lo cual no ha obstado, además, a que se haya producido una abdicación regia (la de Juan Carlos I en 2014) que, según anoté tiempo después, fue claramente una forma de responsabilidad política de quien, sin embargo, y en puros términos constitucionales, era jurídica y políticamente irresponsable. Ello evidenció que en un sistema democrático, y por tanto de opinión pública libre, ningún titular de una magistratura estatal, ni siquiera el Rey, queda a salvo de rendir cuentas a la ciudadanía («El paraguas constitucional», *El Periódico de Aragón*, 5 de diciembre de 2020).

DESAHUCIO ADMINISTRATIVO Y PRESUPUESTOS
DE LA AUTOTUTELA.
(A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA SALA
DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
DE SEVILLA DE 19 DE JULIO DE 2021)¹

LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO
Catedrático de Derecho Constitucional

I.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 19 de julio de 2021 aborda un caso interesante. Los antecedentes son como sigue. La demandante, viuda de un policía, ocupaba una vivienda en un edificio de Cádiz destinado a miembros de la Policía Nacional. Mediante resolución del Director General de la Policía de 12 de abril de 2019 se le ordenó desalojar la vivienda. Esta resolución se adoptó en ejercicio de la potestad de desahucio administrativo y se motivó señalando que la vivienda estaba «siendo ocupada de manera irregular sin el correspondiente título habilitante». Es claro que la falta de título habilitante aducida por la Administración consistía en el cese en el cargo o puesto de trabajo que justificaba la ocupación de una vivienda destinada a miembros de la Policía Nacional: no consta en qué momento se produjo el cese en el servicio del marido de la demandante; pero es indubitado que esta era ya viuda y, por consiguiente, que no había ningún miembro de la Policía Nacional habitando en la vivienda cuando se decidió el desahucio administrativo.

Es importante indicar que, como fundamento normativo, la resolución cita una Orden de la Inspección General de la Policía Armada de 6 de agosto de 1968 («Normas para la asignación, uso y desalojamiento de los pabellones de las fuerzas de la Policía Armada»), así como el art. 106 de la Ley 13/1996, que es la de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 1997. La Orden de 6 de agosto de 1968, por lo que ahora específicamente importa, al enumerar las causas de terminación del derecho de uso de la vivienda asignada mencionaba tanto el retiro forzoso, como el fallecimiento del beneficiario. En ambos supuestos se preveía un plazo de tres meses para el desalojo voluntario, pasado el cual se disponía que «procederá el desalojamiento del mismo conforme determinen las disposiciones legales vigentes»; es decir, hacía una remisión a la regulación legal del desahucio administrativo.

¹ Conferencia pronunciada el 26 de mayo de 2023, dentro de un ciclo sobre gestión patrimonial organizado por el Cuerpo Nacional de Policía.

Y es precisamente aquí donde, siempre según la Administración, entra en juego el art. 106 de la Ley 13/1996. Este precepto legal autoriza al Gobierno «para delimitar los supuestos en los cuales los empleados públicos pueden acceder al disfrute de una vivienda por razón del trabajo o cargo desempeñado». Y, entre otras cosas, añade que «el cese en el cargo o puesto de trabajo entrañará necesariamente el desalojo de la vivienda» y dispone asimismo que «si las viviendas están integradas en el Patrimonio del Estado o en el de sus entes públicos, tendrán el carácter de bienes demaniales afectos a los servicios del Ministerio o ente respectivo, a los que corresponderá el ejercicio de las competencias demaniales, así como el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones derivadas del respectivo contrato, si son arrendadas».

La afectada por la orden de desalojo interpuso recurso contencioso-administrativo, que es resuelto en sentido estimatorio por la sentencia ahora comentada. Pero antes de examinar el razonamiento seguido por esta, es importante dejar constancia de los hechos que considera probados. En primer lugar, resulta que el marido de la demandante comenzó a prestar sus servicios en la Comisaría de Cádiz el 1 de abril de 1968, es decir, unos meses antes de que se aprobara la arriba mencionada disposición reguladora del uso de los llamados «pabellones» destinados a vivienda de los policías y sus familias.

En segundo lugar, afirma la sentencia que la Administración no ha aportado, ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional, ningún título escrito que acredite que el marido de la demandante entró en posesión de la vivienda por razón de su empleo, ni tampoco en qué momento lo hizo.

En tercer lugar, la sentencia dice que hay una certificación expedida el 27 de enero de 1988 por el Comisario Jefe Provincial del Cuerpo Nacional de Policía en Cádiz, según la cual al marido de la demandante «le ha sido adjudicada una vivienda en Avda. Fernández Ladreda». Pero la Sala aprecia como «posible, por los términos en que se redacta, que esta declaración remita, no ya a un hecho del pasado inmediato, sino a un acontecimiento de un pasado más remoto».

En cuarto y último lugar, la sentencia menciona que, según informaciones aparecidas en el *Diario de Cádiz*, varios vecinos del edificio son viudas y funcionarios jubilados que dicen ocupar las viviendas desde los años sesenta.

Con base en estos hechos, la sentencia comienza su razonamiento recordando que, en su momento, la Sala otorgó la medida cautelar de suspensión del acto administrativo recurrido, básicamente porque tenía «dudas sobre el título que necesariamente sirve en este caso de fundamento a la actuación material de la Administración; o para ser más exactos, sobre la idoneidad y procedencia de recurrir a la autotutela administrativa para resolver el conflicto suscitado [...] por tanto, planteamos la duda acerca de la ejecutoriedad y posibilidad de ejecución forzosa a través de los medios de la Administración recurrida».

Y después, una vez tramitado el recurso contencioso-administrativo, la Sala sigue albergando esas mismas dudas. No le resulta evidente, en otras palabras, que el marido de la demandada ocupara originariamente la vivienda en virtud de un título de los contemplados en la arriba citada Orden de 5 de agosto de 1968 y en el art. 106 de la Ley 13/1996; es decir, en virtud de un acto administrativo mediante el que se otorga, por razón del empleo o función, el derecho al uso de una vivienda de titularidad pública.

No debe olvidarse que es precisamente tal acto administrativo lo que sirve de presupuesto legitimador del desahucio administrativo: esa manifestación de la autotutela administrativa consistente en que la Administración por sí misma decida que concurren las circunstancias justificativas del desalojo y, en su caso, también ella misma lo ejecute forzosamente.

La duda le surge a la Sala porque, al no haber exhibido la Administración ningún documento que reflejase claramente el título y la fecha en que el marido de la demandante ocupó la vivienda, cabe la posibilidad de que el uso de aquella se produjera en virtud de un contrato —incluso verbal— regido por la legislación de arrendamientos urbanos. Siempre según la sentencia, «esta posibilidad no es extraña para quien conozca la evolución histórica de la legislación de arrendamientos especiales de vivienda, como los que tienen lugar por razón del cargo o empleo del arrendatario». Y a este respecto, con detallada cita de las normas reguladoras de tales arrendamientos en la época en que el marido de la demandante entró a ocupar la vivienda, recuerda la sentencia que tales arrendamientos tenían naturaleza civil, incluso a efectos del desahucio del arrendatario.

Así las cosas, la sentencia concluye que en el presente caso no concurre el presupuesto legalmente necesario para ejercer la potestad de desahucio administrativo, sin negar que la demandante haya podido perder el derecho al uso de la vivienda, ni que su desahucio pueda llevarse a cabo por la vía civil. Vale la pena transcribir sus propias palabras: «Y lo cierto es que, en el caso que nos ocupa, donde no ha sido posible determinar con claridad la legislación aplicable, existe una duda razonable sobre la naturaleza de la relación jurídica determinante del uso de la vivienda sometida a recuperación ex officio por la Administración, que se extiende incluso a la posibilidad de recurrir al desahucio administrativo. El ejercicio de las potestades administrativas exige una prueba clara de la concurrencia de los presupuestos que lo legitiman, lo que autoriza la estimación del recurso, todo ello sin perjuicio de las acciones que asistan a la Administración por los cauces correspondientes».

El Abogado del Estado preparó recurso de casación contra esta sentencia. Pero fue inadmitido mediante auto de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2023, por entender que las infracciones denunciadas no son determinantes del fallo. Dice a este respecto que «el recurrente hace supuesto de la cuestión, al dar por probado lo que es negado por la sentencia —que no consta relación jurídica determinante del uso de la vivienda y el uso de las potestades administrativas exige una prueba clara de los presupuestos que la legitiman—, sin que a la sazón sea posible la revisión de la apreciación fáctica de la sentencia».

II.

Actualmente la regulación general del desahucio administrativo se encuentra en la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP). Es una de las llamadas «facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos». Está en los arts. 58 a 60, inmediatamente a continuación de los preceptos

relativos a la potestad de recuperación posesoria o *interdictum proprium*; lo que no deja de ser significativo, dada la similitud existente entre ambas potestades: en ambos casos se trata de habilitar a la Administración para defenderse frente a usurpaciones de bienes de titularidad pública. La diferencia fundamental entre una y otra potestad radica en que el *interdictum proprium* sirve para recuperar la posesión indebidamente perdida (art. 55 LPAP), mientras que el desahucio administrativo sirve para recuperar la posesión de un bien «cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros» (art. 58 LPAP). Así, en el desahucio administrativo, una ocupación del bien que era legítima en origen deja de serlo por extinción o caducidad del título correspondiente.

Otra diferencia, que no deja de tener cierta relevancia en casos como el aquí examinado, es que el desahucio administrativo solo puede ejercerse con respecto a bienes demaniales o comunales; no con respecto a los bienes patrimoniales de la Administración (art. 58 LPAP). Esta regla, además, tiene el carácter de legislación básica del Estado a tenor de la disposición final 2.^a5 de la LPAP. El *interdictum proprium*, en cambio, puede ser utilizado también para recuperar bienes patrimoniales (art. 55 LPAP). Dicho esto, la exclusión de los bienes patrimoniales del ámbito de la potestad de desahucio administrativo está sujeta a varias excepciones en el mismo cuerpo legal. En efecto, la disposición adicional 13.^a de la LPAP establece que «los inmuebles del Patrimonio del Estado utilizados como vivienda oficial tendrán la consideración de bienes demaniales» y antes la disposición adicional 8.^a, con alcance más específico, ordena que los bienes inmuebles afectados al Ministerio del Interior continuarán rigiéndose por su normativa especial durante un plazo de quince años desde la entrada en vigor de la propia LPAP, teniendo esta carácter puramente supletorio para ellos.

La potestad de desahucio administrativo resulta así aplicable a los edificios de titularidad pública destinados a vivienda por razón del empleo o función cualquiera que sea su naturaleza, demanial o patrimonial. Es significativo que esto no fue objeto de discusión en el caso aquí examinado.

Pues bien, el procedimiento conducente al desahucio administrativo, tal como está actualmente regulado en el art. 59 de la LPAP, debe comenzar con una declaración por la Administración de la extinción o caducidad del título que legitimaba la ocupación del bien. Cuando proceda dar una indemnización al afectado, debe fijarse su importe; pero la ley no dice que el pago haya de ser necesariamente previo a la resolución que impone el desahucio administrativo. Y, por supuesto, hay que dar audiencia al interesado. La resolución, que corresponde al ministro o al presidente del organismo público al que esté adscrito el bien ocupado (art. 60 de la LPAP), es ejecutiva y debe contener un requerimiento de desalojo en un plazo no superior a ocho días. En caso de incumplimiento voluntario, cabe la ejecución forzosa por compulsión directa, o mediante multas coercitivas con imposición de los gastos al desahuciado.

No está de más señalar, para tener una visión completa del desahucio administrativo en el ordenamiento español, que el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, contiene algunas normas especiales en sus arts. 120 y siguientes. Entre ellas está la obligación del pago previo de las indemnizaciones que procedan. Además, en sus arts. 93 y 134 se dispone que la extinción de los

contratos de arrendamiento de vivienda para su personal se hará siempre por vía administrativa, cualquiera que sea la naturaleza de aquellos, con la posibilidad de acordar el desahucio administrativo.

III.

Una vez expuesto lo anterior, cabe ya hacer una valoración de la sentencia de 19 de julio de 2021. Es conveniente comenzar destacando que el desahucio administrativo es una manifestación de autotutela. La autotutela administrativa viene dada por aquellas facultades o prerrogativas que permiten a la Administración actuar sin necesidad de acudir al juez, tanto a efectos declarativos como ejecutivos. Ello significa que, a diferencia de lo que ocurre normalmente con los particulares, la Administración puede tomar decisiones que inciden sobre los derechos y deberes de otras personas (autotutela declarativa); y puede también, si tales decisiones no son obedecidas por sus destinatarios, forzar su cumplimiento por medios coercitivos (autotutela ejecutiva). La autotutela administrativa supone, así, una exención de la necesidad de acudir al juez tanto para obtener el reconocimiento del propio derecho, como para hacerlo valer frente a quien se opone al mismo. Suele decirse que tiene carácter «exorbitante», en el sentido de que excede de lo que a la generalidad de las personas atribuye el común Derecho Privado.

Vale la pena observar que la idea misma de acto administrativo, central para todo el edificio del Derecho Administrativo, descansa sobre el presupuesto de que la Administración goza de autotutela. El acto administrativo es un acto jurídico —es decir, una declaración de voluntad o, en su caso, de conocimiento, juicio o deseo— cuya peculiaridad es que puede incidir unilateral e imperativamente sobre los derechos y deberes de otras personas. Esa capacidad de producir efectos jurídicos de manera unilateral e imperativa no podría existir sin la autotutela.

El ordenamiento jurídico español ha reconocido tradicionalmente la autotutela administrativa. En la actualidad, la autotutela declarativa está prevista en el art. 38 de la Ley 39/2015, sobre el Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC): «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley». La autotutela declarativa suele denominarse «ejecutividad» —así lo hace incluso la rúbrica del precepto legal transcrito— porque los actos administrativos gozan, en principio, de fuerza ejecutiva; es decir, son susceptibles de dar lugar a ejecución forzosa sin necesidad de una previa declaración judicial que compruebe su regularidad o validez. De aquí que en la terminología francesa, de donde provienen tantas nociones de esta rama del ordenamiento, la autotutela declarativa o ejecutividad se conozca como «privilegio de la decisión previa». En cuanto a la autotutela ejecutiva, está actualmente contemplada en los arts. 97 y siguientes de la LPAC, donde se regulan las condiciones de ejecutoriedad y los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos.

Sobre el régimen jurídico de la autotutela administrativa es conveniente hacer tres observaciones. En primer lugar, los referidos preceptos de la LPAC son poco innova-

dores, pues básicamente reproducen la regulación tradicional de esta materia en la legislación administrativa española., al menos desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Y debe tenerse presente, además, que se trata de una regulación de alcance general, que rige en principio para todos los actos administrativos. El art. 38 de la LPAC se refiere a cualesquiera actos de la Administración «sujetos al Derecho Administrativo». Ello significa que, para que opere la autotutela declarativa o ejecutividad, basta que la Administración haya ejercido una potestad administrativa, en vez de un derecho o facultad de naturaleza privada (civil, mercantil o laboral). Ahora bien, que el art. 38 de la LPAC se refiera, en principio, a todos los actos administrativos no impide que pueda haber normas especiales para determinadas clases de ellos. Esto es lo que sucede con el desahucio administrativo: como se vio más arriba, la ley establece ciertas condiciones para decidirlo, así como específicos medios para llevarlo a cabo.

En segundo lugar, debe subrayarse que el ordenamiento español otorga un amplio margen a la autotutela administrativa. Ello se debe no solo a que el Derecho Administrativo tiene mayor extensión que en otros países —baste pensar en los contratos administrativos, la expropiación forzosa o la responsabilidad patrimonial— sino también a que, especialmente en lo relativo a la ejecución forzosa de los actos administrativos, la legislación española es particularmente benigna para la Administración. La comparación con Francia, cuyo Derecho Administrativo es tan extenso como el español, resulta ilustrativa: no todo acto administrativo, aun cuando goce del «privilegio de la decisión previa» y pueda así delimitar derechos y deberes, es susceptible de la llamada «ejecución de oficio», es decir, de ser ejecutado por la propia Administración. Según jurisprudencia constante, ello solo es posible en ciertos supuestos tasados: primero, que una ley específicamente lo prevea; segundo, que no haya sanciones —penales o de otro tipo— idóneas para vencer la resistencia del destinatario recalcitrante; y tercero, que se esté en presencia de un peligro grave o de una necesidad inaplazable. En España, en cambio, todo acto administrativo es susceptible de ejecución forzosa por la Administración salvo que la ley disponga otra cosa.

En tercer lugar, no deja de ser llamativo que, a pesar de su crucial importancia para el conjunto del Derecho Administrativo, la autotutela administrativa no está constitucionalmente garantizada. Técnicamente es una pura creación legal. Si no existieran los arts. 38 y 97 y siguientes de la LPAC o normas especiales para determinados supuestos, como las arriba citadas sobre el desahucio administrativo, la Administración debería acudir al juez como cualquier otra persona, tanto a efectos declarativos como ejecutivos. Es verdad que las constituciones no nacen en el vacío: suelen insertarse en una tradición jurídica y, por ello, sus redactores presuponen la existencia de no pocos principios e instituciones. Esto es seguramente lo que ocurre en el ordenamiento español con la autotutela administrativa, como lo demuestra que el Tribunal Constitucional ha afirmado varias veces que puede justificarse por razones de eficacia administrativa y no es —por sí sola— contraria a la Constitución (STC 22/1984, 115/1987 y 238/1992). Ahora bien, que la Constitución permita una regulación generosa con las facultades exorbitantes de la Administración no significa que no quepa aprobar normas más restrictivas que las actualmente vigentes. El legislador dispone de un amplio margen de libre configuración de la autotutela administrativa. Y ello contrasta vivamente con

aquellos otros grandes principios del Derecho Administrativo que tienden en cambio a limitar la actuación de la Administración, como son los de sometimiento pleno a la ley y al derecho, control jurisdiccional y responsabilidad patrimonial: estos sí tienen reconocimiento constitucional explícito (arts. 103 y 106 de la Constitución) y quedan fuera de la disponibilidad del legislador. Se trata de elementos imprescindibles para la efectividad del Estado de derecho; algo que, como es obvio, no puede predicarse de la autotutela administrativa.

Pues bien, estas consideraciones sobre autotutela administrativa, de la que el desahucio administrativo es manifestación, ayudan a apreciar una idea de crucial importancia que subyace a todo el razonamiento seguido por la sentencia de 19 de julio de 2021. Lo que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla viene a decir es que si para acudir a la autotutela es precisa la existencia de una potestad administrativa, como sería en este caso la de desahuciar a los beneficiarios de viviendas de titularidad pública por razón del trabajo o cargo desempeñado, resulta inexcusable probar que se da el supuesto de hecho habilitante de tal potestad. En el caso aquí considerado, se trataría de acreditar que la afectada ocupaba la vivienda con base en las normas administrativas reguladoras del uso de los llamados «pabellones» destinados a vivienda de los policías y sus familias; es decir, en virtud de un título jurídico-administrativo, que confiere a la Administración la facultad exorbitante de recuperar el bien por sí sola cuando las circunstancias que legitimaban su ocupación por el particular desaparecen. Y es precisamente esta carga probatoria de que concurre el supuesto de hecho de la autotutela administrativa lo que la sentencia de 19 de julio de 2021 considera que no se ha satisfecho. En pocas palabras, el ejercicio de la autotutela —tanto declarativa como ejecutiva— exige acreditar hechos.

Es verdad que ello no suele resultar particularmente problemático cuando la situación o relación jurídica es específica del Derecho Administrativo. Piénsese, por ejemplo, en las licencias y concesiones, las sanciones administrativas, los nombramientos y ceses de funcionarios públicos, etc. Cuando la situación o relación jurídica carece de algún posible equivalente en el Derecho Privado, la arriba mencionada carga probatoria prácticamente es irrelevante: se trata, por definición, de supuestos en que el acto de la Administración está sujeto al Derecho Administrativo en el sentido del art. 38 de la LPAC y, por consiguiente, dispone de autotutela. Aquí solo cabe discutir si la Administración ha actuado legalmente, no si goza de facultades exorbitantes.

El panorama cambia en aquellos otros supuestos, menos frecuentes, en que la situación o relación jurídica puede haber nacido con base bien en el Derecho Administrativo bien en el Derecho Privado. Cuando no es irrazonable pensar que la situación o relación jurídica puede ser de naturaleza privada, el ejercicio de facultades exorbitantes requiere acreditar que no lo es, probando los hechos que justifican que se trata de una situación o relación jurídica de naturaleza administrativa. En el caso aquí examinado se trataba de probar que la ocupación de la vivienda se había producido en virtud de un acto administrativo dictado con base en las normas sobre el uso de los «pabellones» destinados a los policías y sus familias; y no, como habría sido posible según la sentencia de 19 de julio de 2021, con base en la legislación de arrendamientos urbanos. Los presupuestos fácticos de las facultades exorbitantes de la Administración no se

presumen: este es el mensaje de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, que personalmente comparto.

No es ocioso hacer una observación final: ante la imposibilidad de aportar una prueba escrita sobre el título y el momento inicial de ocupación de la vivienda, tal vez la Administración habría podido invocar una presunción simple como medio de prueba (art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o incluso argumentar que la certificación del Comisario Jefe de 27 de enero de 1988 en todo caso supuso una novación de la relación jurídica originaria, que habría adquirido así naturaleza administrativa. Pero no consta que lo hiciera. Ello no es sorprendente, dada la excesiva tendencia de la Administración a confiar en que su palabra —tal como queda reflejada en el expediente administrativo— hace prueba de los hechos relevantes. Basta leer el art. 77 de la LPAC para comprobar que esta es una idea jurídicamente equivocada.

PROCLAMAS Y PLACEBOS EN EL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, O ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS LEYES SIMBÓLICAS*

MIGUEL BELTRÁN

Catedrático de Derecho Administrativo

I. Planteamiento

Existe un singular tipo de leyes que son cada vez más frecuentes, por lo menos en España. Son leyes con alta carga valorativa, filosófica o moral y escaso contenido jurídico. En seguida intentaré caracterizarlas y darles nombre, pero quede dicho que me voy a referir a ellas como leyes simbólicas. Han sido objeto de atención por teóricos del derecho y por politólogos, y tal vez no tanto por estudiosos del derecho público. La finalidad de este trabajo no es sumarse a esa corriente de estudios académicos. Es mucho más modesta, pues sólo pretende poner ejemplos de esa categoría de leyes, y todo lo más apuntar algunas de las cuestiones que en torno a ellas se plantean desde una perspectiva jurídica. En particular, hablaré de aquellas leyes que dicen asegurar o garantizar derechos a los ciudadanos. Salvo unas pocas referencias foráneas a título meramente ilustrativo, me centraré en el Derecho español, pues de lo contrario el objeto del trabajo sería demasiado vasto, y probablemente quedaría desdibujado. Y dentro de los ejemplos españoles he descartado casi por completo el estudio de normas reglamentarias estatales, autonómicas o municipales.

Al no pretender en estas páginas hacer teoría jurídica, ni construir categorías o sistemas, no he sido exhaustivo en la ejemplificación, o sea en el manejo de las leyes, ni tampoco en el uso de la bibliografía, porque es inabarcable, particularmente en relación con los derechos subjetivos. Quien quiera documentarse al respecto ya sabe dónde tiene las obras politológicas de Ignatieff o Shklar, o de juristas como Alexy, Dworkin, Ferrajoli o Rawls. De sobra sé, como cualquiera (haya o no leído a Weber), que los motivos, las finalidades y las herramientas de los políticos se resisten a ser percibidas o comprendidas por los académicos. He tenido en cuenta esto, así como otras cosas, para intentar adoptar un punto de vista razonablemente ecuánime, y razonablemente crítico.

La estructura del trabajo es como sigue. Primero aludiré a la teoría y a las distintas denominaciones de las leyes simbólicas (apartado II). En el apartado III pondré algunos ejemplos más o menos recientes, fijándome luego en aquellas leyes que dicen crear,

* Agradezco a Enric Fossas que haya tenido la paciencia y la amabilidad de leer estas páginas y de sugerirme bastantes mejoras. Una versión extendida se publicará próximamente en *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*.

reconocer o garantizar derechos subjetivos (apartado IV). A continuación intentaré encajar las leyes simbólicas en la teoría constitucional (apartado V). Después especularé acerca de las posibles razones por las que están proliferando, y de la ideología que parece hallarse detrás de ellas (apartado VI). El apartado VII y último está dedicado a un balance crítico de estas leyes simbólicas y a algunas conclusiones.

II. Teoría y denominación de las leyes simbólicas

Voy a partir de la noción de leyes simbólicas que han dado algunos autores¹. Serían aquellas en las cuales la función o contenido que caracteriza a las leyes (crear o regular relaciones jurídicas con pretensión de aplicación efectiva) desaparece o es secundaria, porque en ellas lo relevante son las ideas o valores en los que la norma descansa, o el mensaje o relato que pretende transmitir. La filosofía, los valores o el mensaje que sustentan la norma son su objeto, finalidad y razón de ser, y en ellos se agota su contenido.

La inmensa mayoría de las descripciones o las teorías sobre este tipo de leyes coinciden en que su aplicación o cumplimiento (en inglés, *enforcement*) es en general irrelevante, o al menos secundario. No son leyes hechas para ser cumplidas. Sin duda en este fenómeno de las leyes simbólicas las cosas no son blancas o negras. Como luego diré, apenas existen leyes consistentes exclusivamente en valores morales o ideas o *desiderata* y del todo privadas de eficacia práctica. Y, al contrario, tampoco es fácil encontrar leyes neutralmente asépticas que no exterioricen ningún elemento valorativo. Ello debe ser tenido en cuenta por quien lea estas páginas, para relativizar lo que en ellas se dice.

No hay muchas construcciones teóricas de las leyes simbólicas. Ahora me voy a ceñir a la de Van Klink, que es uno de los pocos autores que ha abordado el asunto desde el Derecho —pero con una cierta perspectiva politológica. Este autor ha elaborado una teoría y una sistemática de la legislación simbólica que parte de la noción expuesta más atrás (leyes diseñadas y promulgadas no para tener efectos o aplicación efectiva sino para explicitar valores, ideas o creencias). A su entender, el sentido meramente simbólico de ese tipo de leyes, que es «*negativo*» conforme a la teoría jurídica tradicional, se complementa o compensa con funciones o utilidades «*positivas*» como la afirmación o codificación de valores e ideas, o el confortar a la sociedad en momentos de crisis, entre otras. Van Klink escribe que esos valores que explicita la ley pueden ser fruto de interacciones y acuerdos entre los gobernantes y la sociedad civil, o entre grupos sociales, y que por ello pueden pacificar ciertos aspectos conflictivos y reforzar la autoridad moral del poder y de las normas². La ley simbólica enviaría ideas y valores

¹ Carolina Fernández Blanco, «La legislación primordialmente simbólica: ¿irracional y engañosa?», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 64 (2022), pp. 6-21; Bart van Klink, «Symbolic Legislation: An Essentially Political Concept», VV.AA., *Symbolic Legislation. Theory and New Developments in Biolaw* (Bart van Klink, Britta van Beers, Lonneke Poort, coords.), Springer, Londres, 2016, pp. 19-35.

² Van Klink, «Symbolic legislation...», cit., p. 9 (el autor pone como ejemplos de leyes simbólicas con funciones «positivas» las reguladoras de la eutanasia, de la ingeniería genética o del uso de animales en la ciencia).

al mercado y a la sociedad política, aumentando el debate ciudadano. También con la pretensión de reforzar la legitimación social del poder político. Una de las principales conclusiones que extrae van Klink es que «la legislación simbólica es un concepto esencialmente político»³, no sólo en el sentido de que no responde a las tradicionales nociones del Derecho sino también y sobre todo en que presupone una determinada concepción moral o ideológica de la sociedad, de las normas, de las ideas y en definitiva del poder. En los apartados VI y VII retomaré esta idea.

A este tipo de leyes se les ha llamado de varias maneras, que creo responden más o menos a lo mismo. Hierro las denomina «*leyes retóricas*»⁴. Vandelli, dentro de las diversas patologías que a su juicio aquejan al legislador, recoge la «*legislación placebo*»⁵. De Lora se refiere a «*leyes santimonía*» y escribe que son «*propias de un Estado parvulario*»⁶. Tomándole la denominación prestada a Loewenstein, Gordillo habla de «*leyes semánticas*»⁷. Otros emplean las expresiones «*leyes emocionalmente seductoras*»⁸, «*leyes manifesto*»⁹, o «*leyes panfleto*». García López las denomina «*leyes volitivas*»¹⁰. Por ser probablemente el término que mejor describe este fenómeno legislativo, y por estar ya acuñado por ejemplo entre los penalistas, en este trabajo voy a emplear la expresión

³ Van Klink, «Symbolic legislation...», cit., p. 12.

⁴ Liborio Hierro, «El imperio de la ley y la crisis de la ley», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* núm. 19, 1996, pp. 287-308. También habla de «retórica hueca» Rubio Llorente: «La capacidad de las expresiones jurídico-públicas para engendrar retórica hueca es directamente proporcional a la complejidad de las categorías que designan y al cuadrado de la dignidad ética que a tales categorías se les atribuye o se les supone», «Prólogo», en VV.AA., *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, 1995, p. VIII. En términos parecidos Javier Jiménez Campo ha calificado el art. 10.1 de la CE, sobre el que luego diré algo, como «precepto muy sugestivo para la vanilocuencia»: «Comentario al art. 10.1 de la Constitución Española», VV.AA., *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero (coords.), Wolters Kluwer, p. 181.

⁵ Luciano Vandelli, *Trastornos de las instituciones políticas*, Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2007, p. 89. Con ello Vandelli alude a regulaciones en general bienintencionadas pero destinadas a no aplicarse nunca, bien por motivos deliberados (ausencia de mecanismos legales bien conocida por el legislador) bien por demorarse su ejecución a otras decisiones o momentos dilatados en el tiempo o inalcanzables en el horizonte político (para ellas acuña el término «*legislación présbita*», o sea, aquejada de presbicia, porque no ve lo cercano o inmediato y se centra en lo lejano e inalcanzable).

⁶ Pablo de Lora, *Los derechos en broma: La moralización de la política en las democracias liberales*, Deusto, Bilbao, 2023 p. 23.

⁷ Luis I. Gordillo Pérez «La proliferación de las “leyes semánticas”: mutaciones, clasificaciones y tendencias del moderno parlamentarismo», de próxima publicación en el *Libro homenaje a Eduardo Espín Templado*, p. 5. Define las «leyes semánticas» como leyes que no son lo que parecen, y más adelante habla de leyes que son «brindis al sol».

⁸ José Miguel Fernández Dols, «De los efectos perversos de las normas emocionalmente seductoras. Casos históricos y actuales», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 64, 2022, p. 24.

⁹ Michele Ainis *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Bari, 2.^a ed. 2002, p. 15.

¹⁰ Eloy García López, «Las leyes volitivas», https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2023-04-20/leyes-volitivas-vivienda_3614136/. «Una ley volitiva es aquella que expresa una voluntad sin velar por su realización, y no por error, simplemente porque no es su cometido. Porque no se encamina a ello, porque no es esa su misión, su propósito existencial. El objetivo de una ley volitiva no está orientado a regular una realidad, sino a exteriorizar una idea, en ocasiones una ocurrencia. Se busca expresar una voluntad y no articular un hacer traducible en deberes, en deber ser. Ponen el acento en un querer superlativo, no en procurar un obrar factible».

«*leyes simbólicas*». Expuesto qué cosa sean las leyes simbólicas, es momento de aterrizar el discurso y ver algunos ejemplos.

III. Ejemplos de leyes simbólicas

a) En primer lugar están las leyes que podrían considerarse «*leyes-manifiesto*», que tienen poco o ningún contenido efectivo pero que abrazan una determinada idea, filosofía, ideología o tendencia cultural. La ley estatal 27/2005 de fomento de la educación y la cultura de la paz (y su equivalente ley aragonesa 8/2023 de cultura de la paz en Aragón), según su E. de M. «pretende ser un punto de partida para sustituir la cultura de la violencia que ha definido el siglo xx por una cultura de paz que tiene que caracterizar al nuevo siglo. La cultura de paz la forman todos los valores, comportamientos, actitudes, prácticas, sentimientos, creencias, que acaban conformando la paz»¹¹.

b) Una llamativa vertiente de estas «*leyes-manifiesto*» son leyes que interpretan la historia, o una determinada versión de la historia. Las podemos denominar «*leyes relato*» o leyes identitarias. Para aplicar a las cinco capitales regionales y a Talavera de la Reina el régimen de los municipios de gran población previsto en la ley 57/2003, en 2004 las Cortes de Castilla-La Mancha aprobaron seis leyes (de la número 6 a la número 11) en los que todo el contenido menos un renglón era una Exposición de Motivos (en adelante E. de M.) que consistía en un asombroso relato histórico de la historia de cada una de las seis ciudades. También están las leyes definen, o perfilan, las señas o manifestaciones de la identidad de una región o de una nación. Las Cortes Valencianas aprobaron la ley 6/2015 de reconocimiento, protección y promoción de las señas de identidad del pueblo valenciano que definía «*lo valenciano*» y sus rasgos culturales, sometiéndolas a un apenas regulado régimen de protección y de fomento.

La principal manifestación de estas leyes que interpretan la historia, o acogen un determinado relato histórico, son las leyes denominadas memorialistas. Este tipo de leyes expresa una determinada visión de la paz, o de la historia, y si bien a veces no dicen expresamente que sea la única posible, sí llevan implícita la idea de que pretenden restaurar la verdad objetiva. Y parten de una determinada interpretación del pasado, calificando los hechos históricos, y en esa medida son simbólicas. La ley asturiana 1/2019 para la recuperación de la memoria democrática tiene por objeto, según su art. 1 c) «Divulgar la memoria democrática en Asturias, dando satisfacción al derecho de la sociedad a conocer la verdad de los hechos acaecidos durante la Guerra Civil y la Dictadura franquista y las circunstancias en que, durante este período, se produjeron crímenes contra la humanidad y se perpetraron vulneraciones de los derechos humanos»¹². La ley 20/2022 de

¹¹ El art. 1 establece como contenido de la ley el siguiente: «España resolverá sus controversias internacionales de conformidad con la Carta de Naciones Unidas y los demás instrumentos internacionales de los que es parte» y «el Gobierno promoverá la paz a través de iniciativas de solidaridad, culturales y de investigación, de educación, de cooperación y de información», estableciendo una serie de mandatos a los que luego aludiré.

¹² Algo menos valorativa en términos históricos es la ley cántabra 8/2021 de memoria histórica y democrática. Su art. 3 señala que «El Gobierno de Cantabria adoptará las políticas y las medidas de acción

memoria democrática, que derogó la anterior ley similar de 2007, reconoce expresamente en su extensa E. de M. que parte de ella tiene «carácter simbólico». Estas leyes memorialistas hacen un singular tratamiento de la verdad¹³. Cada cual tendrá una opinión acerca de cuál sea esa «verdad histórica», o incluso acerca de si la ley democrática puede legítimamente decir cuál es la verdad. Villaverde ha señalado, y probablemente con razón, que ello no es posible, ni deseable, porque las leyes no están para declarar verdades oficiales o falsedades oficiales¹⁴.

En todo caso el «deber de memoria democrática» del art. 34 de la ley 20/2022, consistente en que «con el objeto de preservar en la memoria colectiva los desastres de la guerra y de toda forma de totalitarismo, las Administraciones Públicas desarrollarán todas aquellas medidas destinadas a evitar que las violaciones de derechos humanos que se produjeron durante el golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura, puedan volver a repetirse», es evidentemente simbólico: de un deber administrativo de evitar que se repitan vulneraciones de derechos y de preservar en la memoria el totalitarismo no se espera aplicación. De esas solemnes declaraciones relativas al derecho a la verdad histórica, o al deber de evitar repeticiones de la historia, que son claramente legislación simbólica, en ocasiones derivan medidas administrativas concretas¹⁵. Eso hace que en ese caso la ley no pueda ser considerada simbólica en su totalidad.

Las medidas de retirada de símbolos franquistas, o en Francia la indemnización a los *harkis* por su discriminación e internamiento durante la guerra de Algeria¹⁶, ¿podrían haberse adoptado prescindiendo de la parte simbólica? Muy probablemente sí. Para

positiva que resulten necesarias para, con estricto respeto a las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico, hacer efectivo: a) El derecho a conocer, a la luz del principio de verdad, los hechos que son parte de la historia de Cantabria». Su art. 14 reconoce expresamente que alguna de sus medidas es simbólica (art. 14.1: «El Gobierno de Cantabria, a propuesta del Parlamento de Cantabria, fijará una fecha simbólica que sirva cada año como día de recuerdo y homenaje a las víctimas objeto de reconocimiento y protección en la presente ley»).

¹³ Valga como ejemplo la ley valenciana 14/2017, que en su Disp. adicional sexta reza «Comisión de la verdad. 1. El Consell solicitará al gobierno la creación de una comisión de la verdad, en la línea de las recomendaciones de Naciones Unidas, para el restablecimiento de la verdad histórica, jurídica e institucional, sobre los hechos y acontecimientos acaecidos durante la guerra civil y la dictadura franquista hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978. 2. El Consell creará una comisión de la verdad de ámbito autonómico para hacer llegar sus propias conclusiones, fruto del análisis de la realidad valenciana, a la comisión de ámbito estatal».

¹⁴ Ignacio Villaverde Menéndez, «Verdad y constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, pp. 149-201. Naturalmente, no estoy diciendo que las leyes que afirman una verdad histórica sean necesariamente herederas del Ministerio de la Verdad orwelliano. Sobre las leyes memorialistas hay una creciente bibliografía. Pueden verse Goran Rollnert Liern, «Memoria democrática vs. libertad ideológica: la democracia militante retrospectiva», *Revista de Derecho Político*, núm. 118 (2023), pp. 121-143; y Ángel Garcés Sanagustín, *El Derecho de la historia: Memoria democrática y derechos históricos*, Iustel, 2020. Una visión menos crítica está en José Álvarez Junco *Qué hacer con un pasado sucio*, Galaxia Gutenberg, 2022.

¹⁵ Las leyes 52/2007 denominada de «memoria histórica» y 20/2022 de memoria democrática, contienen ambas normas muy concretas sobre exhumaciones, retirada de condecoraciones, lugares de llamados «de memoria democrática» con implicaciones urbanísticas, etc., disolución de asociaciones, subvenciones y un régimen sancionador.

¹⁶ Ley núm. 2022-229, de 23 de febrero de 2022.

retirar condecoraciones o títulos nobiliarios a notables franquistas, para cambiarle el nombre al Valle de los Caídos, o para establecer líneas de crédito o ayudas para las víctimas del terrorismo¹⁷ no hace falta ningún aparataje solemne ni declarar una verdad oficial. Como mucho se puede ayudar al intérprete ubicando dicho aparataje en la E. de M. en lugar de en el texto de la ley. Porque nada se añade a las declaraciones solemnes situándolas en el texto. Ni se las convierte en fuente de derechos.

c) El tercer grupo de leyes simbólicas son las que Vandelli denominaba «*legislación placebo*». El efecto placebo se produce, por ejemplo, cuando el legislador aprueba una ley que pretende nada menos que gobernar la economía, haciéndola más «*sostenible*», o sea, «un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades» según rezaba el art. 2 de la ley estatal 2/2011 de economía sostenible. Con ello el legislador parece considerar que ha alcanzado el dominio de los mercados, y de sus propias herramientas económicas¹⁸.

Un singular ejemplo de placebo es la ley 1/2023 de cooperación para el desarrollo sostenible y la solidaridad global. El art. 1 establece que su objeto es «la regulación del régimen jurídico de la política española de cooperación para el desarrollo sostenible y la solidaridad global». Y esa política viene definida como «aquella que define los principios, objetivos, prioridades, instrumentos y recursos que España despliega, como política pública, a través de su acción exterior para contribuir, de manera coherente y en todas sus dimensiones, a las metas globales de desarrollo sostenible establecidas por las Naciones Unidas, en la actualidad la Agenda 2030, la Agenda de Financiación del Desarrollo Sostenible, la Alianza Global para la Cooperación Eficaz al Desarrollo, el Acuerdo de París en el ámbito climático, la Unión Europea y otras instancias multilaterales, y la estrategia española de desarrollo sostenible en su dimensión exterior». Es decir, mediante una ley se va a contribuir a alcanzar los principales objetivos de la humanidad (ley que además establece que la política pública cuyo régimen jurídico regula consiste en definir principios, que por otra parte vienen ya parcialmente enumerados en el art. 2 de la propia ley).

¹⁷ La ley extremeña 2/2020 de apoyo, asistencia y reconocimiento a las víctimas de terrorismo establece en su art. 1 que «La presente ley tiene por objeto prestar asistencia integral a las víctimas del terrorismo, rendirles homenaje y expresarles su reconocimiento». Puede verse María José Bernuz Beneitez y Andrés García Inda, «El acceso de las víctimas a la justicia restaurativa en la Comunidad Autónoma de Aragón», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 58, 2022, pp. 238 y ss.

¹⁸ La ley no era una ley «económica» sino una especie de ley de acompañamiento o ley ómnibus con multitud de medidas ambientales y organizativas y otras que decían tender al ahorro presupuestario. En similares términos de gobierno de la economía se expresaba el art. 1 de la ley 2/2015 de desindexación de la economía española, que establecía como su objeto «*el establecimiento de un régimen basado en que los valores monetarios no sean modificados en virtud de índices de precios o fórmulas que lo contengan*». Pueden verse asimismo leyes que regulan la economía «*social*» (ley 5/2011 con ese mismo nombre) o «*circular*» (leyes estatal 7/2022, andaluza 3/2023 y madrileña 1/2024 con ese mismo nombre).

Ejemplo de legislación «*présbita*» sería una ley que establece objetivos de construcción de viviendas públicas a veinte años vista, como hace la Disp. trans. 2.^a de la ley estatal 12/2023 de derecho a la vivienda. Existen casos de legislación «*présbita*» que derivan de compromisos internacionales (que suelen ser de derecho blando): la ley 7/2021 de cambio climático y transición energética establece a 10 o a 40 años vista los plazos y modalidades para la puesta en marcha del Acuerdo de París de 2015 sobre cambio climático. Sin duda, la legislación «*placebo*» se parece mucho a la legislación «*présbita*», en el sentido de que el efecto placebo o satisfacción ingenua y engañosa se consigue demorando al futuro el hipotético efecto de la norma.

d) El cuarto grupo de ejemplos de leyes simbólicas son leyes que denomino «*de encuadramiento social*». Existen bastantes leyes que regulan la intervención pública en relación con un determinado grupo de personas, plasmando la idea que el legislador tiene acerca de cómo es o cómo debería ser ese grupo social. Leyes sobre juventud o la infancia o la adolescencia, sobre los ancianos o personas mayores, sobre las mujeres y específicamente sobre las mujeres rurales, sobre las familias numerosas, sobre las personas con una determinada orientación sexual, o sobre la sociedad en general (leyes sobre una sociedad libre de violencia de género, leyes sobre las generaciones presentes y futuras).

La pretensión de encuadramiento social mueve en ocasiones al legislador a definir cosas aparentemente indefinibles, compartimentando jurídicamente aspectos de la realidad que por su propia naturaleza escapan a la regulación legal¹⁹. En cualquier caso, estas leyes destinadas a determinados grupos sociales en pocas ocasiones generan situaciones o derechos verdaderamente exigibles, y o difieren su exigibilidad a otras leyes, o a futuros reglamentos. Con gran frecuencia contienen normas puramente declarativas o no susceptibles de aplicación. De modo que a la pregunta de si estas normas de encuadramiento social son leyes simbólicas hay que responder matizadamente. No lo son en su totalidad, pero cuando prescriben como son o cómo hayan de ser determinados grupos sociales sí me parece que pueden considerarse simbólicas en el sentido de no susceptibles de cumplimiento: porque si se examina el contenido de estas leyes, la mayoría de las veces la realidad social a que van dirigidas escapa a la pretensión reguladora, de manera que se convierten en normas cuya virtualidad no pasa del boletín oficial.

e) Finalmente están las leyes que dicen crear, garantizar o satisfacer derechos de los ciudadanos. Se trata de leyes sociales o prestacionales, y también de algunas de las que ya he mencionado, y encomiendan a la Administración su garantía, mandando esa finalidad. Tienen la característica principal de no generar o garantizar ningún derecho subjetivo —pese a que afirman lo contrario. Más adelante (apartado IV) abordaré esta cuestión. Ahora se trata sólo de poner algunos ejemplos.

¹⁹ Véase la definición que el art. 33 de la ley castellano-leonesa 11/2002 de juventud define las «actividades juveniles», o en sentido similar el art. 19 de la ley canaria 2/2023 de políticas de juventud (regulando los «grupos de jóvenes no constituidos formalmente»), o el art. 40 de la ley catalana 33/2010 de políticas de juventud.

Las leyes andaluza 1/2010 y catalana 18/2007 de derecho a la vivienda afirman solemnemente garantizar el derecho a la vivienda del art. 47 de la CE. Pero no lo hacen. Es decir, no establecen un mínimo contenido de ninguna posición activa de la que se deduzca que surge ese derecho a la vivienda o se reconozca su exigibilidad frente a terceros o frente a las Administraciones. El art. 24 de la ley andaluza de 2010 hace descansar el derecho a la vivienda, efectos prácticos, únicamente en la aprobación de los Planes Municipales de Vivienda y Suelo. Además de basar un supuesto derecho en la titularidad de un interés legítimo, este precepto no está otorgando derecho alguno... salvo que se considere que existe un verdadero derecho subjetivo a que una Administración apruebe un determinado instrumento de planeamiento, cuyo contenido es discrecional. La ley balear 10/2022 del tiempo libre educativo para la infancia y la juventud tiene por objeto «desarrollar en el ámbito de las Illes Balears el derecho de niños, niñas y jóvenes a disfrutar de un tiempo libre educativo de calidad, seguro y en condiciones de equidad, sin discriminaciones por razones de sexo o de género, económicas, territoriales, sociales, culturales o de capacidad». Incluso se otorgan derechos a «la sociedad» en relación con la historia: la ley asturiana 1/2019 para la recuperación de la memoria democrática dice en su art. 1 dar satisfacción «al derecho de la sociedad a conocer la verdad de los hechos acaecidos durante la Guerra Civil y la Dictadura franquista». Más adelante hablaré de los derechos de los jóvenes a emanciparse, al bienestar, a vivir en un medio libre de violencia.

Las medidas más concretas de la ley 4/2023 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, o sea aquellas que dicen garantizar derechos, se traducen no en derechos subjetivos concretos y exigibles sino en mandatos para que ulteriormente la Administración tome medidas. El «derecho a recibir de forma inmediata una protección integral, real y efectiva» es en el mejor de los casos un derecho «diferido». Todos los preceptos de la ley establecen que «las Administraciones promoverán» o que «se comprometen a» una determinada política, sin medidas de control o verificación de si se ha promocionado o no o si el compromiso se ha cumplido o no, aspecto este que trataré en el apartado IV. Según la E. de M. de la ley de Castilla-la Mancha 6/2019 del estatuto de las mujeres rurales, una de sus medidas más importantes resulta jurídicamente irrelevante. El art. 13 asegura garantizar «el derecho de las mujeres a la titularidad de las explotaciones agrarias», pero ese derecho ya existía, porque todas las figuras legales de las explotaciones agrarias «posibilitan» el acceso de las mujeres a su titularidad (lo contrario contravendría el art. 14 de la CE); y el acceso de las mujeres al registro de la propiedad está regulado en la legislación hipotecaria y registral, sin discriminación alguna. Si se quería por ejemplo incentivar que las mujeres hereden las tierras, había otros mecanismos para hacerlo. Pero posiblemente costaban dinero.

Hasta aquí unos cuantos tipos y ejemplos de leyes que pueden considerarse en todo o en parte simbólicas. Ahora me voy a detener en uno de ellos: aquellas leyes que dicen reconocer o garantizar derechos a los ciudadanos.

IV. Las leyes simbólicas y los derechos subjetivos

A. Según se acaba de ver, no pocas leyes de contenido simbólico dicen garantizar o reconocer derechos (a los ciudadanos individualmente, o a grupos, o a la sociedad en general). Ello parece plantear una contradicción: si las leyes simbólicas, por su finalidad, estructura y contenido, no pueden recibir aplicación, entonces tampoco tendrían la capacidad de garantizar derechos. Y en cambio algunas lo hacen, o dicen hacerlo. Así que una de dos: o no son leyes simbólicas, o no crean derechos. Yo creo que sí son simbólicas en términos prácticos (porque su aplicación, cuando es posible, resulta en el mejor de los casos discrecional, no verificable y muchas veces no susceptible de medición) y que efectivamente no crean derechos.

No hace falta decir que por «derecho» entiendo «derecho subjetivo». Es decir, conforme a la teoría jurídica convencional, un poder, habilitación o haz de facultades que las normas reconocen a una persona para ejercitar alguna pretensión frente a otra, o frente a la Administración, a la que corresponde un deber u obligación ya sea activa o pasiva. No es el momento de volver sobre la teoría de los derechos sociales o prestaciones. Me basta con traer a colación a García Manrique quien, aun afirmando que nada en su estructura normativa o teórica permite considerarlos distintos de los derechos civiles y políticos, y que por consiguiente las dos categorías deberían desaparecer y fundirse en la de «derechos fundamentales», sostiene que existe una diferencia esencial: «Los derechos sociales expresan estados ideales de las cosas alejados de la realidad en mayor medida que los demás derechos fundamentales. [...] De este mayor alejamiento se siguen consecuencias jurídicas y políticas importantes, con la consecuencia de su menor capacidad para configurarse como derechos subjetivos»²⁰.

Hay quien es menos eufemístico. En lugar de hablar de «alejamiento de la realidad», Guastini diferencia entre derechos «verdaderos» y «ficticios» —que denomina derechos sobre el papel, *diritti di carta*)²¹. Los derechos verdaderos se caracterizan porque son susceptibles de tutela jurisdiccional, lo que a su vez requiere que el contenido del derecho (o sea, el comportamiento, abstención o prestación que puede legalmente exigirse) tenga un mínimo de precisión o concreción, y que el sujeto legalmente obligado o frente al que se ejerce el derecho esté igualmente determinado. Los derechos ficticios son los que no reúnen alguna de estas dos condiciones, porque no se conoce su contenido mediante nociones jurídicamente aprensibles o porque no se sabe cuál o cuáles son sujetos obligados. Así que son derechos no susceptibles de tutela jurisdiccional.

Ello, como apunté, plantea una contradicción: las leyes del Estado social, cuando dicen crear, reconocer, regular o garantizar derechos prestaciones que, por su «distancia o divergencia deóntica» con los derechos subjetivos ordinarios o plenos, resultan apenas exigibles, ¿son leyes simbólicas? Aparentemente no lo son. Porque he definido las leyes simbólicas como aquellas que no pretenden, o no pueden, ser cumplidas, y

²⁰ Ricardo García Manrique, «Los derechos sociales como derechos subjetivos», *Derechos y libertades: Revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, núm. 23, 2010, p. 76.

²¹ Guastini, citado por García Manrique, «Los derechos...», cit., p. 90.

en cambio las legislaciones prestacionales aspiran a serlo, y suelen tener algún tipo de contenido. En algunos casos parecen establecer cauces de garantía, con ciertos condicionantes²².

Sin embargo, muchas de las leyes sociales que recogí en el apartado anterior, y que dicen reconocer o garantizar derechos, son en buena medida simbólicas, en el sentido de «*volitivas*» (García López) porque la realidad (inaplicabilidad) contradice el tenor literal del texto (que dice garantizar derechos), evidenciando la «*distancia deóntica*» entre ambos. Veamos algún ejemplo. Los 22 derechos que el art. 4 de la ley valenciana 15/2017 de políticas integrales de juventud reconoce a las «personas jóvenes», incluyen entre otros los derechos a un entorno ambiental sostenible y saludable, y a la protección ante un entorno contaminado; a la emancipación; al acceso a la información y a la transparencia de las administraciones públicas; al consumo responsable y a la protección como consumidoras; al ocio y al bienestar. ¿Se trata de derechos subjetivos en el recién descrito sentido jurídico ordinario? Es evidente que en absoluto son derechos subjetivos exigibles, pues ni tienen un contenido identificable ni tampoco está concretada la correlativa obligación de los particulares o de las Administraciones. O sea, no responden a la noción de «derecho subjetivo». Si así fuese, las «personas jóvenes» que quisiesen ejercitar su derecho «a la emancipación» y no pudiesen hacerlo tendrían derecho a reclamar de alguien un correlativo deber u obligación y a obtener, eventualmente en vía judicial, el reconocimiento de la prestación o la abstención en que consistiría su derecho.

B. Que el legislador deliberada y conscientemente diga estar reconociendo derechos cuando es evidente que no lo está haciendo —en el sentido antes empleado de «derechos subjetivos»— es algo sobre lo que vale la pena detenerse, aun a sabiendas de que es terreno ya roturado. ¿Cómo explicar tal contradicción? Una posible explicación de este uso normativo de la palabra «derecho» que no corresponde con su acepción técnico-jurídica sería que el legislador la emplea en sentido general, político o llano. O sea, aparece en las leyes no como «derecho subjetivo» en sentido técnico, sino en un sentido distinto. Sería algo parecido a cuando la prensa habla de «genocidio» en sentido no técnico (cualquier guerra o conflicto es genocidio), o de «discriminación» en sentido no técnico (cualquier diferencia de trato entre personas o grupos es discriminatoria), o de «presunción» en sentido preciso y exactamente opuesto al del art. 24.2 de la CE (porque casi siempre se comete la aberración de decir, por ejemplo, que la policía ha detenido al «presunto asesino»). Otra explicación podría ser que lo que el legislador

²² El art. 3 de la ley canaria 16/2019 de servicios sociales reconoce el «derecho subjetivo a los servicios sociales» dentro del marco que permita la densidad normativa de la ley y en función de un calendario de implantación, afirmándose que «las personas titulares podrán reclamar en la vía administrativa y judicialmente, bien directamente, bien a través de las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos, el cumplimiento del derecho a las prestaciones y servicios que recoge la presente ley y las disposiciones que la desarrollen». En sentido similar, el art. 4.2 de la ley cántabra 2/2007 de derechos y servicios sociales precisa que «Las ciudadanas y ciudadanos de Cantabria podrán reclamar en vía administrativa y jurisdiccional el cumplimiento de los derechos que reconoce esta Ley», derechos que se «reconocen» pero cuyo contenido no se regula de manera que les permita ser identificados como tales ni tutelados «en vía administrativa y jurisdiccional».

está reclamando de las Administraciones no es una obligación de resultado (realizar la prestación en que consiste el derecho del ciudadano) sino una obligación de medios, o diferida en el tiempo, consistente además en las actuaciones no verificables (promover, fomentar, impulsar, velar por, etc.) a que antes me he referido. Eso parece deducirse del tenor literal de muchas de estas leyes sociales.

Puede que la explicación más sencilla para estos «derechos» que no son «derechos subjetivos» la encontremos en algunas Constituciones. El más célebre ejemplo del empleo de la palabra «derecho» no como «derecho subjetivo pleno o exigible» está en las primeras palabras de la Declaración de Independencia de 1776 de las 13 colonias de los Estados Unidos de Norteamérica: «Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad». Ese derecho originario de cada persona «a buscar la felicidad» es un haz indeterminado de voluntades que el ciudadano puede libremente orientar como le plazca, sin que a ello corresponda una correlativa obligación o deber de nadie. Similarmente, el artículo 27.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice que: «Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten». Y el art. 10.1 de la CE, tan propenso a la vanilocuencia según Jiménez Campo, reza que «el libre desarrollo de la personalidad», no expresamente configurado como derecho subjetivo, es «fundamento del orden político y de la paz social»²³. Ambas cosas, el derecho a buscar la felicidad y a desarrollar libremente la personalidad no serían un derecho subjetivo, pleno y exigible, sino una especie de derecho en sentido político o filosófico. O sea, más una aspiración, o si se quiere un «derecho aspiracional», que una concreta situación de poder de la que es titular una persona y frente a la que otra queda obligada o vinculada. Esa aspiración convierte un principio, valor, idea o filosofía moral o política en un espacio de libertad, no en un derecho con una concreta contrapartida activa o pasiva —por mucho que se emplee la palabra «derecho». Por tanto, esos derechos «aspiracionales» serían más una «libertad» (*freedom*) que un «derecho» (*right, privilege*), es decir una esfera de autonomía personal no definida normativamente y de la cual no nace una correlativa específica obligación, activa o pasiva, a cargo de ninguna persona o autoridad²⁴.

Le ahorro al lector más ejemplos, remitiéndome a quienes como Pérez Luño estudiaron hace ya tiempo los denominados «derechos de tercera generación», entre los que incluía el derecho a la paz, a la calidad de vida, al disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad, el derecho de los pueblos al desarrollo²⁵.

²³ Sobre el art. 10.1 de la CE puede verse Miguel Ángel Presno Linera, *Libre desarrollo de personalidad y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

²⁴ En sentido parcialmente contrario al que aquí se expone véase la interpretación que el TC español hizo del libre desarrollo de la personalidad en las sentencias sobre la eutanasia y sobre el aborto (19/2023 y 44/2023), convirtiendo ambas cosas en derechos fundamentales del art. 15 de la CE y con fundamento en el art. 10.1 de la CE, que dejó de ser un principio para ser fuente de derechos.

²⁵ Antonio E. Pérez Luño, «Las generaciones de derechos humanos», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, pp. 203-217.

V. Las leyes simbólicas y la teoría constitucional

Aun cuando este trabajo, como señalé en el apartado I, no pretende hacer dogmática constitucional, creo que sí debo por lo menos apuntar algunas ideas acerca del encaje de las leyes simbólicas en la CE.

A. Las leyes simbólicas tal vez puedan ser tenidas como valores o principios, con un contenido y efecto jurídico similar al de los valores constitucionales —que no están excluidos del valor normativo de la CE según el art. 9.1. Aquí se podría plantear la cuestión de si es posible que el legislador añada al ordenamiento jurídico valores, principios o ideas que no tienen el respaldo del consenso constitucional. Si los valores de las leyes simbólicas no son en realidad Derecho, entonces en teoría no habría problema: porque por ley se puede añadir cualquier cosa inane, ya se llame reconocimiento, aspiración, etc. Pero si por el contrario se afirma, como parece deducirse de las E. de M. de las leyes simbólicas o de cuanto sobre ellas dicen quienes las promueven, que sí son Derecho, entonces convendría reflexionar sobre la corrección de su incorporación al ordenamiento mediante ley ordinaria. Quien se adentre en esa reflexión probablemente debería tener en cuenta las visiones procedimentales de la democracia (y de la jurisdicción constitucional) de Ely o de Häberle. Sólo diré al respecto que no siendo España una democracia militante, o por lo menos así lo tiene dicho el TC, sería en teoría más fácil defender las tesis de Ely. Eso fue lo que en su día hizo De Otto²⁶.

La pregunta es si resulta legítimo que esa función valorativa la haga no la Constitución sino la ley. En teoría, sí. Porque lo que estaría haciendo la ley es precisamente ocupar valorativa y democráticamente uno de los espacios que le permite esa Constitución «abierta». Sin embargo, cuando las leyes, todas y en particular las simbólicas, reclaman para sí esa función e inundan el ordenamiento jurídico de valores e ideales morales, y de finalidades claramente ideológicas, estarían ocupando un espacio y una

²⁶ De Otto, *Derecho constitucional...*, cit., pp. 46-47, hablando de la necesidad de una «Constitución abierta» y recordando cosas tan obvias como que las Constituciones deben, según la teoría de la democracia liberal clásica, tener dos características: ser fruto del consenso político y social, y permitir el juego y la alternancia de distintas opciones políticas —y por ello aflora una tercera característica: la de ser relativamente abiertas, en el sentido de contener sólo un «programa de mínimos» y de no cerrar el paso a opciones políticas— salvo a las abiertamente violentas o contrarias a la Constitución. De Otto insiste en que la Constitución no es un «programa» ni un «orden», y por tanto la ley no la «desarrolla», contrariamente a cuanto suelen afirmar las propias leyes: «La Constitución contiene preceptos compatibles con ciertas regulaciones legislativas que no están regidas por la necesidad de complementarla o desarrollarla sino por el imperativo de no contradecirla. Ley constitucionalmente correcta no es ley conforme con la Constitución —por eso no cabe hablar de mayor o menor conformidad— sino que es una ley no contraria, como lo pone de manifiesto el Tribunal Constitucional cuando desestima un recurso contra una ley»: De Otto, *Derecho constitucional...*, cit., pp. 47-48. No hace falta decir que la praxis política y constitucional no ha seguido esta idea. Baste ver como todos los partidos políticos han impugnado ante el Tribunal Constitucional todas aquellas leyes de las que discrepaban por considerarlas un «desarrollo» del texto constitucional no permitido por el mismo, dando a entender que únicamente sus propias ideas, sus propias leyes o sus propias políticas tienen cabida en la Constitución —pervirtiendo así el sentido mismo de la Constitución. Así que dudo que muchos defiendan a estas alturas que España sea, ni siquiera que deba ser, una democracia menos sustantiva y más procedimental o «abierta» en la que algunos valores no deban ser impuestos normativamente.

función valorativa y absolutizante y un cometido «legitimador y pedagógico»²⁷ que como señala De Lora es dudoso que les corresponda. Porque correspondería al constituyente. En efecto, la presencia en la CE de mandatos al legislador, o a los poderes públicos, bajo «normas de programación final» como son las del Capítulo III del Título I, se explica y se justifica por el margen político y jurídico que dejan a la ley. De ese modo, pueden convivir bajo la CE opciones políticas diversas, todas en principio permitidas y queridas por dicho margen, ya que la CE por lo general no impone una determinada política, como señalaba De Otto. Esas leyes simbólicas, llenas de contenido moral y de valores llevados en muchos casos al extremo, hacen lo contrario. Porque sí imponen políticas, actitudes y una cierta visión del mundo. Así que cuando la ley simbólica recoge y plasma valores e ideologías, estaría excluyendo del juego político a quienes no comulguen con ellas. Sin duda las leyes son fruto de la ideología de la mayoría, como es natural, y es normal y lícito que reflejen sus creencias. Pero un exceso en la ideologización y moralización legislativa estaría excediendo el margen constitucional y la lógica democrática.

En definitiva, ya que la CE emplea igualmente términos jurídicos asentados (como «derecho» o «deber», según veremos luego) en sentido no técnico, o dice reconocer derechos, pero no lo hace de manera efectiva o exigible, entonces es comprensible que legislador considere que está también capacitado para hacerlo. Y de hecho así ha sucedido en España no sólo con las leyes simbólicas que vengo mencionando, sino, de manera muy relevante, con los Estatutos de Autonomía aprobados desde el año 2006, que han incorporado casi todos listados o declaraciones de derechos. Al margen del debate académico, a mi juicio poco conclusivo, que en torno a ello se generó, lo que ahora interesa es la doctrina del TC conforme a la cual esos listados de derechos son declaraciones irrelevantes en el sentido de que no garantizan ni contienen derecho alguno²⁸. Algo similar sucedió en Italia, cuando en 2004 la *Corte Costituzionale* privó de normatividad a ciertos preceptos programáticos contenidos en los Estatutos de las Regiones²⁹.

²⁷ Pisarello, citado por De Lora, *Los derechos...* cit., p. 206.

²⁸ El reconocimiento estatutario de derechos (subjetivos, fundamentales, estatutarios, el nombre es lo de menos) no genera por sí mismo derechos de los ciudadanos —por lo menos «en el ámbito de atribución competencial». Así lo dijo la STC 247/2007, para privar de contenido al «derecho al agua» (sic) establecido por el EA valenciano en su redacción dada por la LO 1/2006: «En el ámbito de lo dispuesto por el art. 147.2 d) CE, los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por ello, cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos, tales prescripciones estatutarias han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos, que, aunque les vinculen, sólo pueden tener la eficacia antes señalada».

²⁹ En las sentencias 372, 378 y 379 de 2004 el Gobierno italiano impugnaba, por exceso competencial, algunas disposiciones estatutarias, que —muy similarmente a lo que sucedió en España poco después— se denominaron «contenido eventual» de los Estatutos de Autonomía. Con el fin de salvar la constitucionalidad de los Estatutos impugnados por el Estado por invadir competencias estatales, la *Corte* rechazó la impugnación alegando que las normas estatutarias «tenían naturaleza cultural, o política, pero en ningún caso normativa», y que aun estando ubicadas en una norma con rango y valor de ley como el Estatuto Regional, «no es posible reconocerles eficacia jurídica, pues se ubican en el plano de la expresión de las diversas sensibilidades políticas presentes en la comunidad regional en el momento de aprobarse el Estatuto».

B. Sin entrar ahora en el viejo debate acerca del concepto material de ley³⁰, cabe plantearse si las leyes simbólicas pueden ser inconstitucionales. Dos cosas hay que decir al respecto. La primera es si normas sin contenido jurídico, ni pensadas para ser aplicadas, pueden ser contrastadas con la CE. La tentación inmediata es contestar negativamente. Pero hay casos de resoluciones o acuerdos locales o autonómicos meramente simbólicos, en el sentido de esencialmente políticos y sin efectos jurídicos prácticos, que han sido declarados contrarios a Derecho o a la CE. Fossas ha estudiado críticamente cómo en 2014 el TC se consideró competente para analizar la constitucionalidad de una declaración política parlamentaria sin eficacia vinculante ni efectos respecto a los ciudadanos o al Gobierno recurrente, concluyendo en la STC 42/2014 que «lo jurídico no se agota en lo vinculante»³¹. Lo simbólico y no normativo, o no jurídico, tenía en ese caso relevancia constitucional. Algo parecido cabe decir de otro tipo de declaraciones, bien es verdad que por lo general no reflejadas en instrumentos normativos³². Lo segundo que quiero decir tiene que ver con los derechos. Para los derechos prestacionales o aspiracionales que las leyes simbólicas contienen, la CE no exige ningún tipo de contenido esencial, o de contenido a secas, lo mismo que tampoco lo exige respecto de los derechos o principios del Capítulo III del Título I de la CE³³. Así que no es posible contrastar con la CE las leyes simbólicas que dicen reconocer el derecho al bienestar o a la emancipación de los jóvenes. Tal cosa no debiera sorprender a nadie, pues es perfectamente coherente tanto con la noción «abierta» de Constitución a la que alude De Otto como, sobre todo, con la literalidad de la CE.

Entre los muchos comentarios a estas sentencias me limito a Roberto Romboli, «La natura ed il ruolo degli organi di garanzia statutaria alla luce delle leggi regionali di attuazione degli statuti e della giurisprudenza costituzionale», en *Forum de Quaderni Costituzionali* (https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0165_romboli.pdf). Importa decir que la Corte no estaba negando carácter normativo a estas normas «programáticas» en general, sino sólo a su ubicación en los Estatutos (siendo pues en teoría válidas si estuviesen recogidas en ley ordinaria).

³⁰ «Ley en sentido material es toda norma que contenga una “regla jurídica”, sea cual sea la forma que esa norma adopte»: De Otto, *Derecho constitucional...*, cit., p. 171. También Christian Starck *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEPC, Madrid, 1979.

³¹ Enric Fossas Espadaler, «Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, 2014, pp. 273-300.

³² Me estoy refiriendo aquí a contrastar las leyes simbólicas con el contenido material de la CE, no con las reglas competenciales. Es hipotéticamente posible que por ejemplo una ley autonómica simbólica vulnere competencias estatales. Piénsese en un Parlamento regional que aprobase una ley —o con mayor motivo una declaración o una PNL— que apoyase a los palestinos en su guerra contra Israel, o a Israel contra los palestinos. Sería claramente simbólica, y también probablemente contraria a la competencia estatal exclusiva en materia de relaciones internacionales. En Juan María Martínez Otero, «Las declaraciones simbólicas de los municipios: entre la autonomía local, el “postureo” inocuo y el abuso», *Revista de Administración Pública*, núm. 211, 2020, pp. 185-216, pueden encontrarse muchos ejemplos a nivel local y jurisprudencia en sentidos muy distintos (anulando las declaraciones o por el contrario considerándolas meras manifestaciones políticas sin efectos, y por tanto no susceptibles de control jurisdiccional).

³³ Salvo que se considere por ejemplo que la exigencia de que la vivienda objeto del derecho o principio rector del art. 47 sea «digna y adecuada» determina la invalidez de una hipotética ley de vivienda que no asegurase esas dos condiciones, o lo mismo respecto de la ineficacia de los procedimientos de protección de la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores (art. 51 de la CE).

C. También valdría la pena traer a colación la seguridad jurídica del art. 9.3 de la CE, así como la idea de la calidad de las leyes. Acerca de esto segundo se ha escrito muchísimo, con muy escasos resultados en cuanto a exigir a los parlamentos que se atengan a estándares de calidad normativa. La regla general del art. 26.3 de la Ley del Gobierno sobre la memoria del análisis de impacto normativo no supone cortapisa a los Gobiernos para enviar a los Parlamentos proyectos de leyes simbólicas y sin apenas contenido³⁴. Algo más habría que decir sobre la seguridad jurídica. Los intentos de definición que de ello ha venido dando el TC se han saldado siempre con la desestimación de las impugnaciones contra las leyes, salvo en la STC 135/2018, que anuló el art. 367.1 de la LOPJ³⁵, y en la STC 173/1996³⁶. En Italia también han conocido algún caso³⁷. Aparentemente, una ley simbólica sin apenas contenido efectivo no podría ser inconstitucional por insegura. Pero, al contrario, esa ley no es indiferente o inane para la seguridad jurídica sino que podría ser poco compatible con ella, justamente porque no se conoce cuál es su contenido, ni naturalmente tampoco qué normas deroga, o qué situaciones jurídicas se ven afectadas por ella, y porque otorga un enorme margen de discrecionalidad a la Administración que podría hacer «imprevisible los resultados de su aplicación», como señala el TC..., en el caso de que una ley simbólica pueda dar lugar a algún tipo de aplicación jurídica.

D. Las leyes simbólicas, aunque no tengan efectos, o no estén destinadas a ello, y no puedan ser cumplidas ni incumplidas, tienen implicaciones para con los demás poderes del Estado. Principalmente porque muchas leyes encomiendan a la Administración (o al resto de los poderes públicos) que promuevan, fomenten, agilicen, velen por algo, etc. Empleando la conocida técnica de establecer mandatos más o menos

³⁴ Al tramitar el anteproyecto de ley el Gobierno puede perfectamente justificar por motivos puramente políticos o electorales la «necesidad» de la norma en estudio (art. 26.1 c) de la Ley del Gobierno) y su «oportunidad», incluyendo «la justificación de la necesidad de la nueva norma frente a la alternativa de no aprobar ninguna regulación», obviando así cualquier reproche de haberse saltado las reglas de la memoria del análisis de impacto normativo. Y en todo caso los principios de buena regulación se aplican a la elaboración de los proyectos de ley, pero no a la tramitación de las leyes ni tampoco a otras iniciativas legislativas como las proposiciones de ley. No entro ahora en el asunto de la proliferación legislativa, fuente sin duda de muchos problemas. De entre la mucha bibliografía, me remito a la más reciente (Juan Alfonso Santamaría Pastor, «Sobre la legislación estatal del siglo XXI: una aproximación cuantitativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 130, 2024, pp. 13-47, muy crítico con el exceso y la volatilidad de las leyes).

³⁵ Véase Piedad García-Escudero Márquez, «La imprecisión en las leyes, vulneradora de la seguridad jurídica. El Tribunal Constitucional no puede asumir la función de legislador positivo: Comentario a la sentencia 135/2018, de 13 de diciembre», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 106, 2019, pp. 571-581.

³⁶ Si bien en este caso el motivo de inconstitucionalidad no fue tanto la inseguridad jurídica en sí sino combinada con la irretroactividad.

³⁷ En Italia por lo menos una vez se ha declarado inconstitucional una ley por ser oscura e ininteligible —me refiero a fuera del ámbito penal. En concreto en la sentencia núm. 110/2023 de 18 de abril la *Corte Costituzionale* declaró que una ley regional del Molise pésimamente redactada vulneraba el principio de razonabilidad del art. 3 de la Constitución de 1947 (que se ha venido interpretando en sentido similar a nuestra seguridad jurídica del art. 9.3). Puede verse al respecto Niccolò Ferracuti, «Le leggi-labirinto e la crisi della certezza del diritto», *Consulta on line*, 2024, fascículo 1, pp. 91-108 (<https://giurcost.org/studi/ferracutiN.pdf>). Acerca de la «oscuridad» de la ley y de las disfunciones que ello plantea para la seguridad jurídica puede verse Michele Ainis, *La legge...*, cit., y Bernardo G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011.

genéricos a «los poderes públicos», en parte proveniente del derecho internacional, el legislador dispone que él mismo, u otro legislador u otra Administración «promoverá», «velará por algo», «fomentará», «avanzará en la implementación», «reconocerá», «favorecerá», etc.

Dos cosas cabe decir al respecto. Primero, que como es sabido estos mandatos son «normas de programación final» en las que «lo que se prescribe no es una respuesta a una situación de hecho, sino el logro de un fin»³⁸. Estas leyes mandantes suelen prever fines u objetivos indeterminados. La ley no le da al destinatario del mandato (el Gobierno o la Administración) «una indicación inequívoca de la conducta a realizar»³⁹. Así, el mandato es casi imposible de concretar o de verificar, por ser la finalidad altamente indeterminada en el sentido de referirse a objetivos o finalidades abstractos para los que no se dan detalles, y de proyectar una determinada ideología. Ejemplos de mandatos simbólicos hay muchísimos. La ley valenciana 6/2022 del cambio climático y la transición ecológica regula en su art. 86 la educación para el cambio climático estableciendo para la administración educativa el deber de «empoderar a las personas para que se conviertan en agentes activos de cambio para construir comunidades justas y equitativas que persigan una buena vida no solo para los seres humanos, sino también para toda la biosfera, de la cual dependemos y formamos parte» y el de «fortalecer la resiliencia humana como la capacidad de adaptación positiva a los riesgos relacionados con el cambio climático y que nos ayuda a prepararnos para el reto de una transición ecológica». La ley balear 10/2023 de bienestar para las generaciones presentes y futuras establece en su art. 4 que «los objetivos de bienestar a conseguir, ahora y para las futuras generaciones, son: 1. La prosperidad social colectiva. 2. La resiliencia. 3. La salud. 4. La igualdad, como garantía de que ninguna circunstancia personal suponga una discriminación en el ejercicio de los derechos inherentes al desarrollo de los diferentes proyectos individuales y a la consecución de una vida digna. 5. La cohesión, entendida como cohesión interna y respeto mutuo dentro de una sociedad plural, diversa y equitativa. 6. La cultura, en el seno de una sociedad que promueve y protege el propio patrimonio natural y cultural y potencia el arraigo y el sentimiento de pertenencia al territorio. 7. La responsabilidad, entendida como la necesidad de atender y asumir la repercusión de las acciones propias en el resto del planeta, buscando una contribución positiva en el bienestar global». Si se lee con detenimiento esta ley, apenas nada de su contenido permite pensar que existen mecanismos de garantía de que esos objetivos van a alcanzarse, ni siquiera que van a intentar alcanzarse.

Lo segundo que hay que decir respecto de estas normas de programación finalista es preguntarse por si son o no leyes simbólicas. Aparentemente no, porque establecen mandatos al poder ejecutivo, y por tanto no sólo pueden sino que deben recibir aplicación, y precisamente esa es una de las funciones del poder legislativo conforme al modelo constitucional: «El constituyente ha diseñado una forma de gobierno en que han de ser ciertos órganos representativos (las Cortes Generales y las Asambleas regio-

³⁸ De Otto, *Derecho constitucional...*, cit., p. 43.

³⁹ De Otto, *Derecho constitucional...*, cit., p. 43.

nales) los que marquen el rumbo y adopten las grandes decisiones de la comunidad»⁴⁰. Por este motivo, lejos de ser leyes simbólicas o irrelevantes, las leyes de programación final responderían a una función constitucional importante: la que los italianos denominan *indirizzo politico*. Sin embargo, resulta dudoso que esa función constitucional pueda ser cumplida. Por dos razones, que ya he apuntado. Una tiene que ver con la a veces gigantesca amplitud de los mandatos legales, que pueden llegar a ser no ya indeterminados sino quiméricos y que en muchos casos escapan a nociones jurídicamente aprensibles (gobernar la economía, fortalecer la resiliencia humana, empoderar a las personas, alcanzar la prosperidad social colectiva, etc.). La otra razón es, que yo sepa, casi ninguna ley de programación final establece mecanismos de verificación de su cumplimiento, bien en sede parlamentaria bien en lo que modernamente se conoce como «impacto normativo». Ejemplo de control parlamentario, si bien bastante débil, es la ley 27/2015 de modificación de la ley 33/1998 de prohibición total de minas antipersonal y armas de efecto similar. El art. 3.3 dice que «el Gobierno informará a las Cortes Generales de los planes y plazos adecuados para proceder al cumplimiento efectivo de lo establecido en este artículo y de cuanto se dispone en el artículo 7 de la Convención sobre minas antipersonal y de la Convención sobre municiones en racimo, anualmente y hasta la efectiva y total destrucción de las minas antipersonal y municiones en racimo existentes en el territorio español». Salvo poquísimos casos como este, en las normas de programación final prácticamente nunca existen mecanismos de verificación de que los mandatos se cumplen, ni tampoco medios de coerción a los poderes públicos para que lo hagan. Como dije antes, cuando la ley prevé esos mandatos legales tan sumamente amplios e inverificables tampoco pueden servir de canon para la legalidad de su actuación, ni de la de las Administraciones. Es verdad que el destinatario de estos mandatos no es el ciudadano, sino los poderes públicos, de manera que resulta a priori complicado que pueda prosperar una impugnación judicial por incumplimiento o ilegalidad, por acción o por omisión. Pero no es menos cierto que la conversión de las políticas públicas en derechos de los ciudadanos, en general ficticios, conduce a que la ciudadanía y la clase política crea que de estas leyes de *indirizzo politico* sí derivan verdaderas acciones exigibles.

Además de los problemas de congelación de rango derivados de esta proliferación de leyes simbólicas, sobre todo en materia de derechos⁴¹, conviene plantearse si las leyes simbólicas «de programación» pueden atribuir potestades a las Administraciones. Toda ley puede otorgar potestades, como es natural. Normalmente dichas leyes no le dan a Gobiernos y Administraciones potestades o herramientas que no tengan ya. Pero sí le abren un gigantesco espacio de discrecionalidad para intervenir en los ámbitos previstos en la ley, o para alcanza los fines en ella señalados, definidos sólo de manera finalista y muy amplia⁴². Con lo que se llega a la conclusión de que dichas leyes aparentemente

⁴⁰ Luis María Díez-Picazo «Concepto de ley y tipos de leyes», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, p. 89.

⁴¹ Al respecto puede verse Santamaría Pastor, «Sobre la legislación...», cit., pp. 40-41.

⁴² «Una norma cuyo contenido sea exclusivamente una programación final no contiene en sí misma una predeterminación de la conducta a realizar y deja al destinatario un amplio margen de discrecionalidad para elegir los medios adecuados al fin»: De Otto, *Derecho constitucional...*, cit., p. 44.

inanes sí podrían tener algunas consecuencias respecto del ejercicio de las potestades administrativas⁴³.

En conclusión, me parece que las leyes de programación final como las aquí traídas a colación, cuando establecen mandatos amplísimos y no verificables, se supone están cumpliendo la misión que la CE encomienda al poder legislativo para, «representando el pueblo español» según el art. 66.1 de la CE, adoptar las decisiones colectivas importantes y establecer las normas que deben ser ejecutadas, aplicadas, gestionadas y administradas por Gobiernos y Administraciones, y cumplidas por los ciudadanos. Ningún reproche a este respecto. Lo que pasa es que estos mandatos de programación final, tan amplios e indefinidos, en realidad no estarían cumpliendo dicha misión. No encauzan la actividad de los Gobiernos porque en general son leyes carentes de un mínimo contenido que le sirva de marco, guía u orientación. Sencillamente, «listados de intenciones no verificables»⁴⁴ no pueden desempeñar tal misión. Al respecto la idea más acertada que conozco es la que contenía el célebre «Informe Giannini» del año 1979. Siendo por entonces Ministro para la función pública, Massimo Severo Giannini redactó un informe para el Parlamento explicando los problemas que aquejaban a la Administración estatal. Uno de ellos era la imposibilidad de racionalizar, medir o evaluar la actividad administrativa (coste, productividad, predictibilidad, procedimientos, eficacia, etc.) debido en buena medida a que muchas de las leyes estatales o regionales que sus funcionarios se supone debían aplicar no podían ser llevadas a la práctica porque eran «proclamas en forma de ley»⁴⁵. De modo que mandatos legislativos como los que aquí se han mencionado, dirigidos al legislador o al gobierno o a los poderes públicos en general, o incluso a los ciudadanos, cuyo incumplimiento es absolutamente infiscalizable y no tiene ningún tipo de consecuencia jurídica, no me parece que respondan a la función de dirección de la vida pública que corresponde a la ley en el Estado de Derecho. Por ello creo que estas leyes de *indirizzo politico*, que en teoría no son simbólicas, terminan siéndolo. Posiblemente por ello Vandelli las denomina «leyes placebo».

E. Por lo que hace al poder judicial, saltan a la vista los muchos problemas jurídicos y políticos que a los Tribunales les plantean estos derechos que no son derechos. Cuando el legislador reconoce el derecho de las «personas jóvenes» a la emancipación, o de las mujeres a vivir en una sociedad libre de violencia de género, y para ello dispone ciertos

⁴³ Contra lo que podría parecer, las leyes de programación final pueden tener implicaciones respecto del control de la finalidad de la actuación administrativa. Cuando las leyes simbólicas «de programación» establecen fines de la acción pública en el sector de que se trate, y lo hacen casi todas, no parecen estar condicionando muy seriamente dicha acción pública. Otorgan una enorme discrecionalidad «de iniciativa» para alcanzar los fines señalados en la ley. Y no parece existir verificación o control de que esa acción vaya a realizarse. Pero una vez que esa acción se ha realizado, poniéndose en marcha la correspondiente potestad, entonces sí sería posible —al menos como hipótesis— algún tipo de mecanismo de control como la desviación de poder definida en el artículo 70.2 de la LRJCA como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, y causa de anulabilidad de los actos administrativos según el art. 48.2 LPACAP. Sin embargo, dada la laxitud de las definiciones legales de los fines a perseguir por la acción administrativa, no parece fácil acreditar que una determinada resolución se aparte de ellos.

⁴⁴ De Lora, *Los derechos...* cit., pp. 40 y 42.

⁴⁵ Massimo Severo Giannini, «Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato», *Il Foro Italiano*, vol. 102 (1979), pp. 289-313.

compromisos, obligaciones, deberes, etc., a cargo de las Administraciones, es claro que no está configurado un derecho subjetivo exigible. Pero a veces al legislador parece írsele la mano y especifica, según se vio más atrás, que esos «derechos» pueden ser ejercitados mediante los habituales canales de impugnación administrativa y sobre todo jurisdiccional. Y ello puede dar lugar a equívocos. No se trataría de que los demás, o sea la ciudadanía, se confunda e interprete el término «derecho» como «verdadero derecho subjetivo» alterando el sentido de la ley (que emplea el término en sentido genérico, político o no técnico). Parece tratarse de que es el propio legislador quien estaría dando a entender que emplea el término «derecho» como «derecho subjetivo exigible». Haciéndolo así, la ley está haciendo algo altamente distorsionador. En teoría nadie va a dirigirse a la Administración para reclamarle que satisfaga su derecho a emanciparse, a la memoria democrática o a vivir libre de violencia de género, porque nada en la ley que dice reconocerlo permite identificar un contenido, una correlativa obligación o un cauce procesal para la defensa de ese pretendido derecho. Pero cuando el legislador dice estar reconociendo el derecho a la vivienda, sin precisar cuál es su contenido y sin ofrecer vías de recurso (o incluso ofreciéndolas), está creando un trampantojo que genera confusión. Le está provocando al ciudadano una especie de estrés moral. Porque el ciudadano, por lo menos el ciudadano responsable o que analiza las cosas, no sabe a qué carta quedarse: si al derecho que la ley y los políticos aseguran garantizarle, o a la realidad de que es un derecho inexistente.

Sea confusorio o engañoso, o no lo sea, ello abre la puerta al activismo judicial. Ante leyes simbólicas y no pensadas para ser aplicadas, los jueces tendrían poco o nada que decir. Simplemente, si son invocadas en un juicio como fundamento de una pretensión concreta, las podrán tener por no alegadas —dentro de las limitaciones de la prohibición del *non liquet*. Como mucho los jueces podrán usarlas con una función interpretativa, pero no más, y muy difícilmente como *ratio decidendi*. Para que un derecho subjetivo pueda ser tutelado judicialmente, como requiere el art. 24 de la CE, la prestación (o la abstención de otros) en que consista ese derecho, y a la que quedaría obligada la Administración u otro ciudadano, debe tener un mínimo contenido legal o reglamentario. Como señala García Manrique, «la obligación correlativa ha de estar definida con precisión»⁴⁶. Pues bien, supongamos que a un juez se le plantea una reivindicación de un derecho prestacional contenido en una ley que dice garantizar derechos subjetivos y que ofrece un recurso jurisdiccional que los protege⁴⁷. Si, como sucede en las leyes que vengo mencionando, el derecho subjetivo que la ley dice estar reconociendo no está descrito o enteramente perfilado, «no cabrá que, en ausencia de norma legal un tribunal declare el derecho de alguien a una vivienda digna o que sancione un atentado contra el medio ambiente. Al excluir esta posibilidad la Constitución pretende evitar que los tribunales se sitúen en la posición de legislador»⁴⁸. Pero

⁴⁶ García Manrique «Los derechos...», cit., p. 93.

⁴⁷ El art. 4 de la ley cántabra 2/2007 de derechos y servicios sociales establece que «Las ciudadanas y ciudadanos de Cantabria podrán reclamar en vía administrativa y jurisdiccional el cumplimiento de los derechos que reconoce esta Ley».

⁴⁸ De Otto, *Derecho constitucional...*, cit., p. 49. En el mismo sentido, García Manrique escribe que «el juez no puede determinar ni quién es la persona obligada ni tampoco cuál es la prestación debida»: «Los derechos...», cit., p. 94.

no es descartable, y ha sucedido en alguna ocasión, que los jueces asuman los postulados de dicha ley. O sea, que un juez concienzudo, o activista, o decidido, llámesele como se quiera, se tome en serio lo que dice la ley acerca de que reconoce o garantiza un derecho a los ciudadanos —aunque la propia norma, ni ninguna otra, dé el paso siguiente de establecer el contenido y los perfiles de ese derecho— o se tome en serio a quienes afirman que algunas leyes sociales sí reconocen, regulan y garantizan verdaderos derechos⁴⁹. En esos casos se produciría lo que señalaba Ainis: «Se dirá que las leyes manifiesto son inofensivas [...] pero producen un daño cierto en el ordenamiento jurídico. Están ahí, y por tanto no se puede descartar que antes o después a alguien se le ocurra desenterrarlas con vistas a aplicarlas de manera partidista y arbitraria»⁵⁰. Por todo ello me parece que no hay que tomarse a broma las declaraciones legislativas de creación o reconocimiento de derechos, aunque puedan parecer ficticias. Porque están invitando al activismo judicial, que sin embargo hay quien considera positivo.

F. En definitiva, sean o no verdaderas leyes con contenido jurídico aprensible, las leyes simbólicas no tienen consecuencias para las relaciones jurídicas individuales o colectivas, así que no sirven por sí mismas para resolver conflictos sociales o para encauzar la vida colectiva. No pueden ser inconstitucionales, no pueden ser derogadas (salvo de manera expresa, claro) ni derogan a otras leyes, y muy difícilmente pueden ser invocadas con provecho ante los tribunales de justicia. Una mayoría de derechas puede perfectamente mantener vigente una ley simbólica elaborada y aprobada por una mayoría de izquierdas, y viceversa, puesto que de ella no surge ningún tipo de obligación real para el Gobierno o para la Administración ni tampoco verdaderos derechos para los ciudadanos. Claro que lo más probable es que, por motivos tal vez igualmente simbólicos, la nueva mayoría se apresure a derogar o a modificar dicha ley⁵¹.

⁴⁹ Para algunos autores, en España existe un derecho a la vivienda exigible, derivado del art. 45 de la CE, de los Estatutos de Autonomía (así como en algunos casos también de las leyes urbanísticas y de vivienda autonómicas, o últimamente de la ley estatal 12/2023 por el derecho a la vivienda): véase por todos Fernando López Ramón, «El derecho subjetivo a la vivienda», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, 2014, pp. 49-91, y «El reconocimiento legal del derecho a disfrutar de una vivienda», *Revista de Administración Pública*, núm. 212, 2020, pp. 297-308. En lap. 304 de este segundo trabajo López Ramón sostiene exactamente lo contrario que De Otto y que García Manrique: a su juicio «la falta de un conveniente régimen positivo no puede ser obstáculo para la afirmación del derecho a disfrutar de la vivienda. En ausencia de concreciones normativas, los parámetros determinantes del derecho a comprar o alquilar pueden y deben ser establecidos judicialmente. Hay que invitar a la abogacía a que ponga en marcha las reclamaciones que permitan el ejercicio del derecho en su vertiente de disponer de una oportunidad razonable de acceso al mercado».

⁵⁰ Ainis, *La legge...*, cit., p. 15.

⁵¹ Ello ha sucedido ya. La mayoría de izquierdas conocida como «gobierno tripartito» surgida en Valencia en las legislaturas 2015-2019 y 2019-2023 se apresuró a aprobar la ley 1/2016 de derogación de la ley 6/2015 de Reconocimiento, Protección y Promoción de las Señas de Identidad del Pueblo Valenciano, y en la actualidad (abril de 2024) está en trámite una ILP para revivir la ley de 2015. Lo mismo pasó en Aragón: la ley 1/2024 derogó la ley 14/2018 de memoria democrática de Aragón. Y en el momento de escribir estas líneas los parlamentos de Valencia y de Castilla y León acaban tienen en trámite leyes de «concordia» que derogan o modifican la normativa de memoria democrática anterior (y también de otras materias como las oficinas antifraude). Véase https://www.cortsvalencianes.es/consulta_legista#activitat/parlamentaria/detall/id/197219976382273.

VI. Razones e ideología de las leyes simbólicas

En este apartado voy a hablar de dos cosas distintas, pero relacionadas. Por un lado, aludiré a los motivos por los cuales están proliferando las leyes simbólicas, y por otro a su sustrato ideológico.

A. ¿Por qué la clase política legisladora recurre a las leyes simbólicas? En realidad plantearse la pregunta puede ser ocioso, ya que las razones de la política no siempre son claras, ni son explícitas, y en cualquier caso responden a una lógica que suele ser distinta a la lógica que podríamos llamar ordinaria. Desde estas limitaciones, puede comenzarse constatando que en las E. de M. de las leyes no se encuentran respuestas. Las E. de M. contienen una justificación política, y sobre todo un resumen del texto de la ley, pero naturalmente no explican por qué la ley es simbólica. Algunos politólogos o psicólogos sociales sí se han aventurado en la búsqueda de explicaciones o razones. Fernández Dols escribe que: «El legislador necesita obtener urgentemente visibilidad ante la opinión pública; y una forma de lograrlo es con normas que tengan un reflejo en los medios de comunicación, para hacer visible, aunque sea de forma ficticia, los supuestos resultados de su gestión ante la opinión pública. Se crea, así, una dinámica en la que las nuevas leyes u ordenanzas tienden a radicalizarse para hacerse tan llamativas como difíciles de implantar o hacer cumplir, ya que los políticos, en una situación políticamente volátil, tienen la convicción de que no serán ellos los encargados de administrarlas o hacerse responsables de su ineficacia. El objetivo fundamental de estas normas es que sean superficialmente satisfactorias para sus votantes o administrados y generen lealtad»⁵².

Por ello el *«placebo»* vandelliano es bien comprensible. Transformar la realidad, o la sociedad, puede llevar mucho más tiempo de lo que el político o su partido estén en el poder, y en cualquier caso requiere movilizar recursos económicos y materiales, y posiblemente vencer la resistencia o el rechazo de actores sociales como la oposición política, así como sindicatos, funcionarios, sociedad civil, etc. Así que para mostrar a su electorado que cumple con los compromisos adquiridos electoralmente, se aprueba una ley que dice de sí misma que va a acometer o lograr la transformación prometida. La ley simbólica obvia todas esas dificultades, y le permite al político venderle su éxito a sus electores, a los dirigentes de su partido, a la prensa, y a sindicatos o a las organizaciones de la sociedad civil que se la venían exigiendo. Esa venta política puede ser

⁵² Fernández Dols, «De los efectos...», cit., p. 29. En la p. 33 añade que «los políticos pueden tener la tentación de crear normas que creen adhesión en la opinión pública porque transmiten la imagen de compromiso con un programa electoral, aunque, por las propias condiciones en las que se han creado, sean inaplicables y, por tanto, incumplibles». Gordillo lo expresa diciendo que los Parlamentos se convierten no en legisladores sino en «cajas de resonancia de la actualidad informativa» («La proliferación...», cit., p. 11). Santamaría escribe que «una nada despreciable proporción de la clase política —la menos ilustrada, por supuesto— comparte una oscura creencia acerca del poder taumatúrgico de la ley, a la que se supone capaz de modificar de modo inmediato y automático la conducta de todos o casi todos sus destinatarios, como consecuencia natural de su perfección ideológica y de su carácter intrínsecamente benéfico. Por asombroso que parezca, esta superstición, infantil y de raíces animistas, se encuentra sumamente difundida»: J. A. Santamaría Pastor, «Sobre la legislación...», cit., p. 44.

más o menos deliberada y consciente del carácter simbólico o ficticio de la ley (no diré que sea también cínica). Si no lo es, puede admitirse, al menos como hipótesis, que el político piense, hasta incluso de buena fe, que la ley por sí misma va a cambiar la realidad. Como apunta Santamaría, es posible que la capacidad salvífica de las leyes tenga adeptos, y que la alquimia del verbo a que aspiraba Rimbaud haya sido tomada en serio para que algunos crean que bastan las palabras de la ley para cambiar la realidad.

Por supuesto, el argumento económico es importante. Las leyes simbólicas no suelen implicar gasto ni coste alguno, ni tampoco en general incremento de ministerios o de órganos, de modo que la finalidad «*placebo*» se consigue a coste cero y sin riesgo de censura por culpa de las reglas de estabilidad presupuestaria o de sostenibilidad financiera. Podría asimismo existir una razón a medio camino entre lo jurídico y lo político. Después de más de 45 años de vigencia de la CE, los 18 Parlamentos españoles —sobre todo las 17 Asambleas autonómicas— casi han agotado el número de leyes que pueden verosímilmente aprobar. También habrían agotado las materias sobre las que estas pueden recaer. Puede decirse que los Parlamentos autonómicos, con o sin Estatutos «*de nueva generación*», carecen ya de materias y sectores vírgenes de regulación legal. Así que, como no es razonablemente esperable que ello les conduzca a dejar de legislar, su producción normativa no indispensable⁵³ tiende a buscar herramientas heterodoxas como las leyes-medida, o las leyes-reglamento, o las leyes *repetita*, o las leyes simbólicas⁵⁴. Y cuando además aparecen nichos regulatorios más o menos novedosos como los derechos de tercera o cuarta generación, o como el pasado y la memoria, o los derechos de los jóvenes, los ancianos, los LGTBI, los animales, la naturaleza, etc., pues todo ello es un incentivo a la proliferación de leyes. Que sin embargo muchas veces apenas tienen contenido, según se ha puesto de manifiesto en las páginas anteriores⁵⁵.

Por otro lado, la clase política puede ver en las leyes simbólicas una especie de apuesta de máximos, de quimera colectiva explicitada en el BOE, de paso adelante en el progreso de la humanidad, de nuevo horizonte colectivo, de reinterpretación de la legislación que respondería a nuevas conquistas por la dignidad humana. Pero esa misma clase política es —o debería ser— del todo consciente de que el objetivo no se va a

⁵³ Siendo las indispensables aquellas medidas normativas que deben necesariamente adoptarse por ley (derechos fundamentales, presupuestos, tributos, y otras materias constitucionalmente reservadas a la ley como la sancionadora, la propiedad, la creación de órganos y entes personificados, etc.).

⁵⁴ Gordillo («La proliferación...», cit., p. 12) se fija en la misma realidad del parlamentarismo autonómico español, y cita a politólogos norteamericanos que explican cómo aprobar leyes se convierte en un fin en sí mismo determinado por la necesidad de recuperar la iniciativa mediática o el impulso político, del todo al margen de la necesidad de la ley o de su contenido.

⁵⁵ La pretensión de «integralidad» de muchas leyes podría también explicar que contengan preceptos simbólicos. La regulación de todos los aspectos de un sector o de una realidad es extremadamente difícil, si no improbable, así que aquello sobre lo que no se pueden razonablemente establecer verdaderas normas jurídicas (por razones competenciales, presupuestarias, temporales, o de compromiso político) queda cubierto en la ley «integral» por principios, mandatos finales, declaraciones, etc. O sea, por contenidos esencialmente simbólicos, que son presentados por los promotores de la ley como solución completa, o definitiva al problema de que se trate.

lograr únicamente haciendo leyes, y de que esas leyes no se van a poder cumplir en su literalidad. Pese a ello, las prometen, impulsan, promulgan, situando esa quimera o aspiración en el tablero político, y se las venden a la ciudadanía como un importante paso adelante y como una conquista *verdadera*. Según decía un conocido político español contemporáneo, «la consecución de los grandes objetivos que nos planteábamos (democratización del Estado, de la economía y de la sociedad) no se logró [...]». Y añade: «Eso es una constante en todos los movimientos igualitaristas: apuntan muy alto y logran la mitad, pero esa mitad cambia la vida a la gente»⁵⁶.

B. Ahora me interesa preguntarme brevemente en voz alta por la ideología de las leyes simbólicas, sobre todo de las que dicen crear derechos. Lo que podría subyacer bajo estas leyes que dicen crear, garantizar o generalizar derechos que no lo son es no sólo una aspiración de transformación social sino también una enmienda política o ideológica a la noción liberal-burguesa o tradicional de los derechos subjetivos. En ello convergerían tendencias académicas e ideológicas como el uso alternativo del Derecho de raíz italiana y el populismo sudamericano izquierdista de Laclau, y en menor medida de Lechner, que desprecia o desdeña la ideología y las leyes de la socialdemocracia tradicional. Entiéndaseme bien: no estoy estableciendo una relación directa entre el populismo laclauiano y las leyes simbólicas y las leyes sociales que en España dicen reconocer derechos de tercera o de cuarta generación. Me parece que la enmienda a la totalidad que Laclau hace al liberalismo occidental no ha calado todavía de manera seria, y de hecho gobiernos españoles de izquierdas dicen creer en los derechos humanos y dicen comprometerse con su defensa y promoción en todo el mundo, y como se vio en el apartado III, han llenado los boletines oficiales de leyes que reconocen todo tipo de derechos a personas, a colectivos, a la sociedad, «empoderando» a todos ellos. Así que las leyes simbólicas españolas no responderían al desdén laclauiano por los derechos subjetivos de las democracias occidentales. Pero sí creo que el populismo europeo y español se empapa del denominado neo-constitucionalismo o constitucionalismo de los derechos, que puede que no vaya tan lejos como las teorías de Laclau pero que sí se plasma entre otras cosas en una especie de «pensamiento mágico» como el del antes citado político español, que promete cambiar el mundo a sabiendas de que no lo va a conseguir —o por lo menos no va a conseguir todo— y que parece creer en la capacidad salvífica o el poder taumatúrgico de la ley. Desde esa ideología, en sentido literal de «idea», el que esos derechos no sean reales ni exigibles es algo secundario⁵⁷.

En definitiva, la proliferación de derechos, y su reconocimiento por ley a personas, a sociedades, a la naturaleza vendría a ser la plasmación de una especie de enmienda post-marxista a los derechos humanos del liberalismo decimonónico, y probablemente también a unos derechos sociales que no habrían servido para la emancipación o el

⁵⁶ Palabras de I. Errejón en «El nuevo Errejón en el viejo puesto», *El País*, 11 de enero de 2024, <https://elpais.com/espana/2024-02-10/el-nuevo-erregon-en-el-viejo-puesto.html>.

⁵⁷ Lo relevante es continuar avanzando, aun simbólicamente, en una suerte de progreso histórico, y no tanto asegurarse, mediante una gestión eficaz, de que los mecanismos del Estado liberal-burgués son capaces de garantizar que esos derechos sociales, «de papel» según Guastini, se conviertan en realidad. La técnica jurídica parece resultar indiferente.

progreso social. Ello es doblemente paradójico. Porque la enmienda al sistema de los derechos del Estado social consiste en más derechos, y porque esos nuevos derechos no son tales. Se abraza o no la teoría política del populismo laclauiano, el resultado es que se prescinde deliberadamente de la teoría jurídica liberal, de su función constitucional y de su fundamento ideológico o cultural, y también del sentido que se le daba a las palabras y a las categorías jurídicas.

VII. Balance crítico y conclusiones

A. Aunque con lo dicho hasta aquí el lector se ha podido ir haciendo una idea de lo positivo y de lo negativo de la legislación simbólica, me parece pertinente recapitularlos. Con la natural advertencia de que ha sido mi propia percepción subjetiva —bien es verdad que de la mano de otros autores— la que determina lo que considero positivo y lo que considero negativo.

En favor de las leyes simbólicas cabe decir que no toda ley debe necesariamente tener efecto directo sobre la realidad, ni consecuencias inmediatamente vinculantes, ni mucho menos ser autoaplicativa. Ello conduce a la teorización de Van Klink, conforme a la cual la ley, al expresar el posicionamiento de los representantes de la soberanía respecto de un determinado asunto, o guerra cultural o realidad social (pasada o presente), contribuye al debate público y enraíza democrática y electoralmente a quienes la promueven —o por lo menos puede hacerlo. Plantear jurídicamente la existencia de un horizonte al que se encaminaría la sociedad puede no ser irrelevante. Porque el sistema jurídico no es estático sino dinámico, y a veces lo que hoy es una utopía, o no encaja en dicho sistema tal y como ahora lo conocemos, termina siendo realidad. O en cualquier caso no hay motivos para cerrar el paso a que termine siendo realidad.

¿Las leyes simbólicas transforman la sociedad, o sea la realidad? ¿O se quedan en el mundo platónico de las ideas? Para muchos políticos y teóricos sociales, esta sería una disyuntiva falsa. Porque las ideas *son* realidad, y el imaginario colectivo también lo es. Es una pieza del tablero político y ese imaginario es en lo que muchos ciudadanos fundamentan sus opciones políticas y electorales, y por tanto *es* real desde el punto de vista político. Sin duda, las ideas o creencias son también realidades epistemológicas, o al menos realidades susceptible de conocimiento o de aproximación científica. En las sociedades contemporáneas, líquidas y virtuales, puede primar más la idea que su plasmación en la realidad de las cosas. Más en general, es evidente que en política los símbolos, y los gestos o decisiones simbólicas cuentan. No hay más que recordar las mociones de censura habidas en España en el Congreso de los Diputados desde 1978. Todas (cinco) menos una (la única que prosperó) estaban de antemano destinadas a ser derrotadas, y aun así sus promotores las pusieron en marcha y defendieron en la tribuna del Congreso. Eran gestos simbólicos, meramente performativos⁵⁸. Así que más

⁵⁸ Lo simbólico de algunas leyes de reconocimiento puede llegar a ser importante. Se esté más o menos de acuerdo en que algunos países o sociedades puedan o deban «pedir perdón» o expresar su reconocimiento respecto de otros pueblos que en el pasado no fueron bien tratados, lo cierto es que de esa manera tales

de uno dirá que el Derecho, a través de las leyes, puede y debe legítimamente incorporar las funciones simbólicas de la política.

Ya desde un punto de vista constitucional, mediante un cierto tipo de leyes que en principio no son simbólicas (las que consisten en mandatos o criterios de actuación al poder ejecutivo) el legislador vendría a cumplir una de sus misiones esenciales: decidir en nombre del pueblo respecto de las políticas públicas, estableciendo sus finalidades y guías maestras y vinculando así al resto de los poderes del Estado. Y es posible que el acuerdo de las fuerzas políticas no vaya más allá, en cuanto a esas políticas o a la situación de las personas por ellas afectadas, de los principios o declaraciones o intenciones, quedando la ley no en norma «ejecutable» y con carácter normativo sino en norma de programación final⁵⁹. Así que, si la ley se ha limitado a eso, a la declaración más o menos imprecisa de unos fines a perseguir, estas leyes de programación final adquieren caracteres muy similares a las leyes simbólicas. Según sugiere Van Klink, ello podría no verse como un inconveniente ni como objeto de crítica sino más bien como algo positivo, por expresar dichas leyes un consenso social respecto de los principales fines de las políticas públicas. Lo que pasa es que tal idea sólo puede darse por buena cuando la ley simbólica haya sido fruto de un cierto consenso parlamentario o social⁶⁰. Por otro lado, salvo que se exacerbe el principio de seguridad jurídica, no hay ningún reproche de inconstitucionalidad a las leyes simbólicas. Como escribió De Otto, reflejando un consenso casi generalizado, ninguna disposición constitucional establece que las leyes deban tener un contenido concreto o particular —salvo las expresamente así mencionadas como las que regulen el contenido esencial de derechos, o las reservas de ley, o algunas leyes como las de presupuestos. La CE configura la ley, como expresión de la soberanía nacional, no en relación con un contenido material sino en función de sus rasgos formales, y no exige que sea realmente aplicable, que tenga carácter normativo ni que regule verdaderas relaciones jurídicas.

B. Respecto de las leyes simbólicas se han vertido bastantes críticas, que ahora resumo. Primero las de tipo político o general. Marcilla se refiere a las leyes simbólicas

pueblos pueden sentirse compensados o reparados. Y desde luego las leyes de memoria histórica o democrática contienen declaraciones de ilegitimidad de juicios o condenas o situaciones que pueden ser valiosas para ciertos grupos, o para las víctimas o sus familiares.

⁵⁹ También es posible que la imprecisión lingüística o conceptual en que incurren algunas leyes refleje precisamente un consenso político: si el requisito para que la ley saliese adelante era podarla de ciertos contenidos y privarla de precisión técnica, los representantes políticos que la han negociado pueden considerar que esas deficiencias técnicas no son demasiado relevantes. Calsamiglia escribe que «las leyes se manifiestan y expresan en lenguajes débilmente tecnificados, y precisamente son esquemas de interpretación de la conducta humana. En muchas ocasiones la irracionalidad lingüística se busca voluntariamente, y eso no quiere decir que siempre que exista una tal irracionalidad ello constituya de por sí un disvalor»: Albert Calsamiglia, «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 1993, p. 173.

⁶⁰ Habrá para quien la ley simbólica que resuelva, o pretenda hacerlo, una batalla cultural, aunque no cuente con ese mínimo consenso parlamentario o social, sea también importante. Piénsese en las recientes leyes españolas de memoria histórica o de memoria democrática. En realidad es muy discutible que ello sea así, pero esa opinión pertenece al campo de la política, y no admite refutación fáctica (si bien las recientes derogaciones de leyes memorialistas parece indicar que la opinión positiva de estas leyes, basada en el consenso o en la «verdad» histórica, estaría equivocada).

como propias del «*populismo y la demagogia*»⁶¹. En modo similar, Fernández Dols habla de los «efectos perversos de las normas emocionalmente seductoras»⁶². Más en general, hay razones para pensar que las leyes simbólicas, en cuanto plasman valores e ideas con fuerte componente emotiva, contribuyen a degradar la democracia⁶³. Existen normas, bien es verdad que no muchas, que establecen una especie de «deber de adhesión» de los ciudadanos a una determinada política pública⁶⁴. Los «resabios iusnaturalistas» que Rubio creía apreciar en el «derecho dúctil» de Zagrebelsky⁶⁵ vendrían a reaparecer en los valores y principios que refleja la legislación simbólica. Algunos politólogos han estudiado la denominada «democracia sentimental», incidiendo entre otras cosas en que la comunicación política está siendo monopolizada por meros mensajes simplistas que apelan a sentimientos⁶⁶.

¿Cabe crítica técnico-constitucional a las leyes simbólicas? La primera, y más obvia, y en la que ya dije más atrás que no entro, es la que los penalistas han formulado a las normas penales genéricas o de contenido simbólico, por no ser compatibles con el principio de tipicidad o de taxatividad⁶⁷. Dejando de lado este aspecto, y partiendo de que la CE no limita ni predetermina el contenido de las leyes, dejando a la soberanía

⁶¹ Gema Marcilla Córdoba, «La importancia de la proporcionalidad en la legislación: un intento de fundamentación desde una concepción constitucionalista y no positivista del derecho», en VV.AA., *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y legisprudencia*, D. Oliver-Lalana (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 319.

⁶² Fernández Dols, «De los efectos...», cit., p. 24.

⁶³ Sigo aquí lo apuntado por Requejo: «El procedimiento legislativo —y, con él, el proceso público en general— no sirve ya como curso hacia la solución que depare el debate racional, sino para que se imponga la voluntad mayoritaria sin necesidad de atender a razones. Sencillamente porque la razón es ahora privativa de cada cual y, en tanto que razón, indiscutible e innegociable. Del mito de la razón objetiva y accesible a través del debate racional se ha pasado a la razón subjetiva que no admite otra relación con la razón ajena que la de sumarse para imponerse a la razón contraria, que se tiene siempre por errónea, interesada y perniciosa»: Juan Luis Requejo Pagés, *La agonía de la democracia*, KRK, Oviedo, 2020, p. 52. En sentido relativamente similar De Lora, *Los derechos...*, cit., capítulo 5, titulado «Constitución, populismo y democracia», pp. 183 y ss.: si no le he entendido mal, este autor considera excluyentes las leyes que denomina «moralizantes» porque, al imponer unos determinados valores o filosofía política, anulan la diversidad de opciones y de espacios ideológicos constitucionalmente garantizados. Puede igualmente verse, en sentido crítico, Steven Wall, *Enforcing Morality*, Cambridge University Press, 2024.

⁶⁴ El art. 9 e) de la ley estatal 12/2013 de derecho a la vivienda, regulador del «estatuto básico del ciudadano», establece como deber de todos los ciudadanos «en relación con el parque público de vivienda, atender a su especial importancia como instrumento de acción en favor del derecho a la vivienda».

⁶⁵ Francisco Rubio Llorente, recensión a *Il diritto mitte*, de G. Zagrebelsky, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994, pp. 427-435.

⁶⁶ Manuel Arias Maldonado, *La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI*, Página indómita, Barcelona, 2016. Más recientemente Antonio Gómez Ramos y Gonzalo Velasco Arias, *Atlas político de emociones*, Trotta, Madrid, 2024.

⁶⁷ Winfried Hassemer «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», VV.AA., *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago (https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20130708_01.pdf), p. 9. Asimismo, José Luis Díez Ripollés, «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103, 2002. Sobre los aspectos constitucionales de la taxatividad penal, y los límites al legislador-tipificador, baste mencionar a Victor Ferreres Comella, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia: una perspectiva constitucional*, Civitas, Madrid, 2002.

expresarse con gran libertad y con grandes deficiencias técnico-jurídicas, las principales críticas son tres, a las que ya aludí en el apartado V. Una es aquella que se fija en que estas leyes que dicen crear derechos casi nunca lo hacen. No parece que construir derechos basados únicamente en valores, y vacíos de contenido, le añada por sí mismo eficacia o aplicabilidad a ese valor o principio. La otra crítica es que estas leyes simbólicas establecen mandatos finalistas o criterios de actuación para los poderes públicos, y sobre todo de Gobiernos y Administraciones, cuando la amplitud e indeterminación de esos fines difícilmente permite que las leyes cumplan su función de guía de la acción pública y de canon de control de la legalidad de la actuación administrativa. La tercera crítica no se puede expresar mejor de lo que lo hace Calsamiglia: por mucha «racionalidad ética» que tenga la ley, y por muy legitimada que esté desde cualquier punto de vista, si no se aplica, no se cumple o si no se obedece «no alcanza su objetivo fundamental» y «carece de fuerza para regir la conducta humana». Y ello porque «la función de un legislador no es hacer declaraciones de principios sino dirigir las conductas y garantizar derechos»⁶⁸.

A caballo entre la crítica técnica y la crítica política está la constatación de que cuando la ley emplea la palabra «derecho» para referirse en realidad a otra cosa está introduciendo un elemento de confusión y de perturbación en el ordenamiento jurídico y en la ciudadanía. Está vaciando su contenido primigenio, equivalente a potestad o situación de poder que corresponde a una persona y que puede exigirla o reclamarla frente a cualquiera y en cualquier momento. También se pueden traer a colación un par de críticas. La primera es que hay que reconocer que no es difícil entender al político cuando piensa que los valores, ideas o principios constitucionales deben sustentar en todo caso derechos subjetivos, o hasta transformarse en derechos subjetivos. Pero, siguiendo a De Otto, cabría pensar que esa plasmación de un valor o principio en un derecho está restringiendo indebidamente el margen de opciones políticas en que consiste la Constitución. El valor o principio es de todos, y en ocasiones difícilmente admite su concreción en un derecho, menos aun cuando tiene carácter moralizante o absolutizante. La otra crítica está presente en muchos autores y alude a la excesiva proliferación de derechos subjetivos fundamentales. Citando a Laporta, Tomás-Ramón Fernández escribe con razón que: «Cuanto más se multiplique la nómina de los derechos fundamentales, menos fuerza tendrán. Apelar a ellos sin ton ni son, extendiendo arbitrariamente los *catálogos* y las *generaciones* sólo contribuye a trivializarlos y a impedir que sean efectivamente realizados»⁶⁹.

Quien muy improbablemente haya tenido la paciencia de llegar hasta aquí en la lectura de este artículo podrá objetar, y no sin alguna razón, que lo que se ha intentado explicar ya lo escribieron Weber hace más de un siglo o De Otto hace cuarenta años. Si como afirma Hierro las leyes simbólicas no son Derecho, o no son leyes en sentido

⁶⁸ Calsamiglia, «¿Debe ser...?», cit., p. 173.

⁶⁹ Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, «¡Demasiados derechos!», VV.AA., *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Zaragoza, 2008, vol. 1, p. 140. La inflación de derechos a nivel internacional fue puesta de manifiesto, en sentido crítico, por Richard Bilder hace ya décadas, en «Rethinking International Human Rights: Some Basic Questions», *Wisconsin Law Review*, núm. 1, 1969, pp. 551-608.

material, que diría un alemán de finales del siglo XIX, tampoco pueden ser objeto de conocimiento o reflexión jurídica. Razonar jurídicamente, siquiera en los términos bastante rudimentarios en que se ha hecho aquí, acerca de leyes sin apenas contenido como son las leyes simbólicas es algo que puede tener escaso interés o aprovechamiento. Aun así, a lo mejor vale la pena continuar descubriendo mediterráneos y finalizar con algunas ideas conclusivas.

Las sociedades modernas, y el Derecho que las regula, han cambiado mucho. No es que, como Baumann explicó hace casi 40 años, la sociedad se haya vuelto líquida. Es que por obra sobre todo de la tecnología, se ha convertido en gran medida en virtual, en «fantasía digital»⁷⁰. Las democracias occidentales son ya tecnológicas, y mucho más complejas, y la política ha mutado en espectáculo. En más espectáculo, me refiero, de manera que la política (y la acción política) se parecen mucho a la mera propaganda. Así, en la era de las redes sociales, se diría que para cada vez más gobernantes muchas de las leyes no son sino un tuit o un titular de prensa (cuando la prensa importaba) consistente en propaganda, en espectáculo o en fuegos de artificio de consumo inmediato, y cuyo contenido real es prescindible o perfectamente indiferente desde el punto de vista político (porque en esas leyes lo que prima es el mensaje) y también lo es desde el punto de vista jurídico (porque eso, o sea los efectos que tenga el contenido jurídico-normativo de la ley, no parece preocupar a nadie)⁷¹. Además, la interdependencia de los países, la presencia creciente de los mercados en todos los ámbitos de la sociedad, la reducción del margen de las autoridades para intervenir en la economía, y otras circunstancias bien conocidas que no vienen ahora al caso, determinan el aumento de la complejidad de las políticas públicas y de las dificultades para su gestión y para llevarlas a la vida diaria de la ciudadanía. Hayan o no leído aquello de que «*no se cambia la sociedad por decreto*»⁷², los gobernantes más honestos probablemente vean desconsolados cómo sus bienintencionadas y bien diseñadas políticas tienen enormes dificultades en llegar a la ciudadanía —o sea, de aplicarse y de transformar la realidad.

Pero aun si no se hubiesen dado todas estas transformaciones más o menos recientes, permanece inalterada la vieja descripción weberiana de la política y de la ciencia. Conforme a ella, lo que puede parecer inadecuado o equivocado desde el punto de vista de la teoría jurídica, como por ejemplo las leyes simbólicas que aquí se han examinado —particularmente cuando dicen reconocer derechos a los ciudadanos— responden a precisas y calculadas motivaciones políticas. Por eso Van Klink insiste en que

⁷⁰ Requejo, *La agonía...*, cit., p. 26. También a la fantasía alude Santamaría: refiriéndose a la ley supuestamente todopoderosa y taumatúrgica, escribe que «esta técnica de creación de fantasías, y de intensificación de la confianza de la sociedad en sus instituciones y sus partidos, exige la puesta en escena, de modo incesante, de nuevos y más nuevos productos imaginarios, convirtiendo a los Estados en malas réplicas de la factoría Disney»: J. A. Santamaría Pastor, «Sobre la legislación...», cit., p. 45.

⁷¹ Santamaría habla de «empleo pragmático de la ley como un instrumento de comunicación política, como un simple medio creador de ilusiones y de transmisión a la sociedad del interés y empeño que el Gobierno de turno tiene en resolver los problemas de la gente»: «Sobre la legislación...», cit., p. 45. Y cita, en línea similar, a T. R. Fernández, quien escribe que las leyes han devenido «actos de comunicación, simples mensajes publicitarios con los que se pretende, no resolver un problema sino simplemente dar la impresión a la población de que el Gobierno ya está en ello y de que lo resolverá de inmediato».

⁷² Michel Crozier, *On ne change pas la société par décret*, Grasset, Paris, 1979.

las leyes simbólicas son un concepto esencialmente político. Vandelli ponía las leyes simbólicas (présbitas o placébicas) como ejemplo de «patología» y de «trastorno» de la política. A lo mejor resulta que no son tales. El médico que diagnostica un trastorno o patología, y el enfermo que lo padece comparten un lenguaje, una lógica y una realidad objetiva (la ciencia) y naturalmente un fin común (la curación). Pero tal cosa podría no ser parangonable al académico que le diagnostica el trastorno al político, porque sus respectivos lenguaje, lógica y realidad no son las mismas. Naturalmente, no trato de reivindicar la vieja y quimérica arcadia de aplicar a las realidades sociales las reglas de las ciencias exactas. Sólo pretendo constatar, una vez más, que políticos y científicos sociales, si es que los juristas somos científicos sociales, hablamos idiomas distintos. La política no tiene por qué responder a criterios científico-jurídicos, y la ley que se publica en boletines y gacetas oficiales puede discurrir, y de hecho muchas veces lo hace, al margen de las categorías acuñadas por los juristas. En cualquier caso, en ninguna parte está dicho, mal que nos pueda pesar a los juristas, que el lenguaje y los conceptos que emplean los políticos tengan necesariamente que plegarse a esos mismos lenguaje, categorías y conceptos aquilatados por la teoría del Derecho. La política —y también el lenguaje vulgar o periodístico— rebautiza las cosas y cambia el sentido técnico que tienen las palabras, dando lugar a productos distintos. Salvo cuando el jurista se contagia de la lógica del político y asume sus categorías y su discurso, lo cual no es para nada infrecuente y de hecho a lo mejor muchos estamos ya contagiados en mayor o menor medida.

Todo ello no impide articular una crítica a las leyes simbólicas. Desde lo jurídico y también y sobre todo desde la política. Desde lo jurídico la crítica es muy evidente, pero de recorrido bastante corto, según he intentado explicar. El razonamiento jurídico, por sus limitaciones o su poca ductilidad —pese a Zagrebelsky— se acaba muy pronto, y vendría a dejar en agua de borrajas cuanto aquí se escribe. Así que lo que va después ya no es Derecho sino política, lo mismo que no son derechos los que tan solemnemente proclaman algunas leyes. Desde la política la crítica es más compleja y probablemente más atractiva. Pondré sólo tres ejemplos (dos de juristas y uno de una politóloga). Hassemer escribía que con estas leyes el poder público se autoengaña, y engaña a los ciudadanos⁷³, porque cada vez más políticos suelen creer que con la ley simbólica, o con la solemne proclamación o descubrimiento de un derecho subjetivo, han resuelto el problema o han transformado la sociedad, cuando es evidente que no han hecho ni una cosa ni otra. Relacionando los derechos y la democracia, Garzón Valdés considera que «cuando los derechos humanos son sólo retóricamente invocados, pero no aplicados efectivamente, la situación real que de ello deriva no es más que una caricatura perversa del mejor sistema político que se ha inventado»⁷⁴. En tercer lugar recordaré que la teórica del feminismo Wolgast fue hace ya años muy crítica con la proclamación de derechos de los que se es consciente que no se van a cumplir ni se pueden exigir.

⁷³ Winfried Hassemer, «Derecho penal...», cit., p. 9.

⁷⁴ Ernesto Garzón Valdés, «Dignity, Human Rights, and Democracy», *RMM* vol. 0, *Perspectives in Moral Science*, ed. by M. Baumann & B. Lahno, 2009, p. 264 (traducción propia del original en idioma inglés).

El capítulo 2 de su libro *The Grammar of Justice* se titula «derechos equivocados» —*wrong rights*— y la autora viene a decir que no sólo es inútil proclamar derechos en esas condiciones, sino que a su entender es democráticamente nocivo e injusto⁷⁵. Naturalmente, se podría ser más incisivo o mordaz y reflexionar acerca de la inverecundia de aquellos políticos que hacen leyes a sabiendas de que no se van a cumplir⁷⁶. O acerca de cómo con gran frecuencia diseñan la inteligencia de los ciudadanos mediante el recurso a la demagogia.

Terminaré con un poco de metodología. El sociólogo Beltrán Villalva tiene escrito que «para conocer algunos aspectos de la realidad los grandes actores sociales (Administraciones, partidos políticos, sindicatos, patronales, etc.) tienden más bien a acudir a su propia ideología, que ciertamente les dice cómo se ve el mundo a través del cristal coloreado e ideológico que al efecto manejan»⁷⁷. Y añade que los científicos sociales —incluyendo a los juristas, con alguna reserva— no deben «dar gato por liebre, esto es, no deben dar ideología por conocimiento científico, y en todo caso constituimos una comunidad intelectual en la que la práctica sistemática de la crítica ha de dificultar el que ofrezcamos versiones caprichosas, interesadas o apasionadas de lo que hay a nuestro alrededor». Entiéndaseme bien, no querer «dar gato por liebre» no significa renunciar a las ideas o a los valores, ni a la política. Ni a la posición más o menos marxista de que lo que hay que hacer es transformar el mundo en lugar de limitarse a gestionarlo o a interpretarlo. O sea que no estoy abrazando la doctrina que denomino positivista conforme a la cual el propósito de las ciencias sociales se limita a la *episteme* o conocimiento de la realidad. Ni tampoco estoy ignorando la importancia, mucha o poca, que mitos y símbolos tienen en la política o hasta en el imaginario colectivo de los ciudadanos. Lo que quiero decir es algo mucho más sencillo: que se puede perfectamente reivindicar, sin pedir disculpas por ello, los postulados weberianos de neutralidad axiológica, o si se prefiere, de rigor profesional. Y que se puede concebir el Derecho como una disciplina académica o como una herramienta social emancipatoria o transformadora, como no, pero para el jurista ello no implica —no debería implicar— olvidar el principio de realidad, tan caro al recordado Alejandro Nieto.

⁷⁵ Elizabeth H. Wolgast, *The Grammar of Justice*, Cornell University Press, 1987.

⁷⁶ «La pérdida irreparable de una de las más nobles virtudes republicanas, la olvidada verecundia» es para Requejo una de las principales amenazas de la democracia: *La agonía...*, cit., p. 21.

⁷⁷ Miguel Beltrán Villalva, «Teoría e investigación en la sociología española de fin de siglo», Conferencia de clausura del V Congreso Español de Sociología, 1995, *Boletín de la Federación Española de Sociología*, núm. 14, enero-abril 1996 (del mismo autor, y en sentido similar, puede verse también «Conocimiento de la realidad y transformación social», *Papers*, 2012, 97/2 pp. 291-310).

EL TRAMPOSO JUEGO DE LA DEMOCRACIA

JUAN IGNACIO MORENO
Letrado del Tribunal Constitucional

*Si ya conozco el camino,
pa'qué voy a andar al costado,
si la libertad me gusta,
pa'qué voy a vivir de esclavo.
Prefiero seguir a pie
y no en caballo prestado.
Alguien por una manzana,
pa'siempre quedó endeudado.
Siempre se llega primero
el que va más descargado.
Doy la cara al enemigo,
la espalda al buen comentario,
porque el que acepta un halago,
empieza a ser dominado.
El hombre le hace caricias al caballo...,
pàmontarlo¹.*

I. Consideraciones iniciales

Alberto Cortez calificó a Facundo Cabral como «*el hombre que se inventó a sí mismo*»². No era solo un cantautor: era un escritor, un poeta y un filósofo. Javier Jiménez Campo también se ha inventado a sí mismo y, aunque no es un cantautor, es también un escritor, un poeta y un filósofo. Es una de esas personas que, al margen de sus propias ideas, siempre ha actuado en defensa de la Constitución, de su verdadero espíritu y finalidad. De esas que van a pie y no en caballo prestado, que no aceptan un halago y que dan la cara al enemigo y la espalda al buen comentario. Tuve la gran suerte de cruzármelo en la senda constitucional hace ya veinticinco años. Desde entonces intentamos defender al Estado..., de sí mismo.

¹ Rodolfo Enrique Cabral Camiñas (La Plata, Buenos Aires, 1937 – Ciudad de Guatemala 2011), conocido primero como «*Indio Gasparino*», y luego, tras reinventarse como «*Facundo Cabral*». La cita es del texto que precedió a su canción «*No soy de aquí, ni soy de allá*» (de 1970) en uno de sus conciertos (<https://www.youtube.com/watch?v=khqgn1uiUfU>).

² Diario *El País*, columna «El hombre que se inventó a sí mismo», 10 de julio de 2011.

No son buenos tiempos hoy para los «valores fundamentales»: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1. CE)³. Hay una tenencia natural en el poder ejecutivo a erigirse en el eje central del Estado, intentando dominar el juego de la democracia, mediante la instrumentalización del poder legislativo y el control del poder judicial. Expresivas son a este respecto las palabras de Pérez Herrero con relación a Porfirio Díaz⁴ cuando señalaba que, tras varios años de presidencia, llegó un momento en el que «el Congreso decayó totalmente, constituyéndose en un mero apéndice del ejecutivo, sin otro fin que dar al régimen una apariencia de legalidad y democracia»⁵. Han transcurrido más de 100 años desde la caída del *porfirismo* en México y en España estamos inmersos en nuestra particular *porfirización*.

En todo régimen político que pueda considerarse materialmente democrático existe una nítida separación entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, haciéndose oír la voz del pueblo a través de la ley, la cual opera no sólo como un elemento de legitimación, sino también como un límite a la actuación del Gobierno. En sistemas parlamentarios como el nuestro, en los que la separación entre los poderes legislativo y ejecutivo es meramente formal, siendo aquél un mero instrumento al servicio de las políticas de éste⁶, la garantía de la ley, tan duramente conquistada a lo largo de siglos, ha dejado de ser el vehículo a través del cual se articula el interés de los ciudadanos para convertirse, unas veces, en la simple voluntad de sus gobernantes, otras, en su obcecado capricho⁷.

Parece que a los gobiernos la forma de ejercicio del poder democráticamente atribuido conforme a la Constitución les resulta demasiado rígida, al constreñirles —quizás, en su sentir, indebidamente— sus posibilidades de actuación. Por tal razón, buscan medios más flexibles para llevar a buen término sus objetivos, a través de los cuales procuran evitar, en la medida de lo posible, la creación de una opinión pública libre e informada, «indisolublemente ligada al pluralismo político que es un valor fundamental en un Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger»⁸. Y lo hacen intentando impedir el debate político y la confrontación parlamentaria, expresión máxima del funcionamiento de una sociedad libre y democrática

³ Como señala Luciano Parejo Alfonso, «[e]l poder y el ordenamiento estatales no “valen”, no son tales sólo para asumirse y ejercerse, el primero, conforme a las reglas y los procedimientos constitucionalmente prescritos, afirmándose fácticamente, y por emanar simplemente de dicho poder, el segundo. “Valen” por derivar su validez última de los valores que propugnan y realizan, respectivamente (en otras palabras, encuentran en dichos valores el parámetro de validez o legitimidad)». En *Constitución y valores del ordenamiento*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 119.

⁴ José de la Cruz Porfirio Díaz Mori, presidente de México desde 1876 a 1911 (salvo el interregno de —su sucesor elegido— Manuel González entre 1880-1884).

⁵ Pedro Pérez Herrero, en *Porfirio Díaz*, Historia 16/Quorum, Madrid, 1987, p. 102.

⁶ Según el Tribunal Constitucional, la pretendida existencia de «una “identidad funcional” entre el Gobierno y las mayorías parlamentarias que lo sustentan o le dan apoyo» no es sino «expresión de una apreciación política, que en absoluto se compadece con la propia racionalidad de la democracia parlamentaria» [SSTC 128/2023, de 2 de octubre, FJ 3 B); y 149/2023, de 7 de noviembre, FJ 3 C)].

⁷ Juan Ignacio Moreno Fernández, «De la garantía de la ley al abandono del principio democrático como legitimación del ejercicio del poder», en *Diálogos Jurídicos* (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo), núm. 1, 2016, p. 81.

⁸ SSTC 7/2023, de 21 de febrero, FJ 5; y 89/2023, de 18 de julio, FJ 3.

en la que el ciudadano, apoyando o disintiendo de las propuestas gubernamentales, participa en los asuntos públicos a través de sus representantes⁹.

Nuestro Estado democrático de derecho languidece. Se ha sustituido el principio democrático (art. 1.1 CE), manifestación de la soberanía nacional y del pluralismo político (arts. 1.1, 1.2 y 66.1, todos ellos de la CE), propio del procedimiento deliberativo previo a la toma de las decisiones parlamentarias, por el principio mayoritario (modo de adopción de las decisiones basado exclusivamente en el juego de las mayorías), cuando lo cierto es que la ley no sólo es el resultado de una determinada mayoría, sino que, a través del procedimiento legislativo (en el que el debate y la confrontación política no es sino la consecuencia natural del pluralismo político) se permite la efectiva participación de las minorías, convirtiéndose en el fruto del juego de la democracia¹⁰. Las Cortes deben ser el órgano de representación del pueblo; el Gobierno, el de las mayorías. Y aunque la ley sea, finalmente, el resultado de una determinada mayoría, a través del procedimiento parlamentario debe garantizarse, siempre, el derecho de las minorías a expresar su opinión¹¹.

No todo fin, por muy loable que se pretenda que sea, justifica los medios empleados para su consecución. Caminamos de forma imparable hacia la destrucción del Estado constitucional de derecho por muchas razones, entre las cuales ahora nos interesa destacar las tres siguientes: en primer lugar, porque el Gobierno, so pretexto de extraordinarias y urgentes situaciones de «necesidad», ha sustituido a las Cortes Generales en la regulación de los ámbitos vitales de los ciudadanos, limitándose estas a un papel pasivo, de mera formalización de las políticas gubernamentales, para dotarlas de una apariencia de legitimidad constitucional. En segundo lugar, porque en aquellos ámbitos en los que el Gobierno permite que sean las propias Cortes Generales las que acometan su regulación, en el seno de los procedimientos de aprobación de las leyes se articulan por la «mayoría gubernamental» todo tipo de artimañas dirigidas a evitar el debate y la confrontación propias de un parlamentarismo que debería ser «democrático», en el que el disenso forma parte de uno de los valores esenciales citados: el del pluralismo político. Y, en tercer lugar, porque el Tribunal Constitucional¹², en

⁹ Ello, simplemente, porque «[l]a Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» [STC 34/2023, de 18 de abril, FJ 5 h)].

¹⁰ Apuntaba Konrad Hesse que «[l]a libre formación de la voluntad política consiste primeramente en el acuerdo», porque «el acuerdo sirve a los propios intereses de los gobernantes y cuando el acuerdo no es posible se recurre a principio mayoritario, no porque la decisión mayoritaria sea la más justa, sino porque es la decisión a través de la mayoría evita la imposición de cualquier pequeña acción contraria a la mayoría». Y añade: «En el caso del acuerdo, el principio de libertad se realiza plenamente y la fuerza integradora de la decisión elegida consiste en que todos los participantes han consentido y son responsables; por el contrario, en el modo de decisión mayoritario, tales efectos se producen tan sólo para una parte esencial» (en *Estudios de Derecho Constitucional*, Democracia y Derecho, Madrid, 2011, p. 138).

¹¹ Manuel Aragón Reyes, voto particular a la STC 136/2011, de 13 de septiembre. No hay que olvidar que el derecho de los ciudadanos de participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE) se materializa y, por tanto, alcanza su efectividad a través de sus representantes políticos, de suerte que «quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio» [SSTC 212/2016, de 15 de diciembre, FJ 3; y 11/2017, de 30 de enero, FJ 3 a)].

¹² Según Konrad Hesse y Peter Häberle «el contrato social cuya garantía y actualización corresponde al TCF [Tribunal Constitucional] tiene que atender también incluso a las generaciones futuras, todavía no

una posición de autocontención (*self-restraint*), so pretexto del exclusivo «control externo» que le corresponde efectuar del «juicio de oportunidad» llevado a cabo por los órganos políticos, bajo el manto del respeto a la «libertad de configuración del legislador» derivada de su «posición constitucional» y de su «específica legitimidad democrática»¹³ para «dar curso a sus opciones políticas»¹⁴, se posiciona —en demasiadas ocasiones— en un papel pasivo, de simple espectador, de mero controlador de las «apariencias», en una clara dejación de su ínsita tarea de impedir un ejercicio sesgado de las funciones ajenas¹⁵.

Veamos algunos supuestos que permitan ejemplificar, entre tantos que podrían citarse, algunas de las «corruptelas» a las que recurren con habitualidad tanto el Gobierno como las Cortes Generales, ante la indolente quietud del vigilante de la Constitución, que hacen que nuestro Estado de derecho manifieste preocupantes síntomas de una enfermedad que le está corroyendo en sus entrañas: (i) el uso del decreto-ley como instrumento de normación válido para subvenir a las situaciones de «*extraordinaria y urgente*» necesidad provocadas por la propia inacción del Gobierno; (ii) la utilización del «*nomen iuris*» como un medio dirigido a la evitación de los efectos de las distintas figuras jurídicas; y (iii) el «*préstamo efímero*» de diputados/senadores para alcanzar el número legamente exigido de cara a la constitución de los grupos parlamentarios en las Cámaras.

II. El decreto-ley como instrumento de normación válido para subvenir a las situaciones de «extraordinaria y urgente» necesidad provocadas por la inacción del gobierno

Una de las corruptelas más habituales del Estado (concretamente, del Gobierno), es la de ningunear al Parlamento en su función propia y ordinaria (la legislativa), acu-

existentes... Ello conlleva, ante todo, una exigencia de consenso permanentemente actualizado de la sociedad como conjunto en las cuestiones básicas para la ordenación de la vida en común (el “*plebiscite de tous les lours*” de Renan), actuando el TCF (a través de sus sentencias básicas, las sentencias atípicas, los *obiter dicta*, los votos particulares) como generador, mediador o propiciador de ese consenso, de la “integración continuamente renovada” (*Smenad*). De este modo, el Tribunal Constitucional tiene «que actuar inspirado por el pluralismo y por una concepción de la sociedad como sociedad abierta, lo que le obliga especialmente respecto... de las minorías, que no pueden ser excluidas» (en *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 29).

¹³ SSTC 8/2023, de 22 de febrero, FJ 5; y 10/2023, de 23 de febrero, FJ 3.

¹⁴ STC 34/2023, de 18 de abril, FJ 5 h).

¹⁵ Juan Ignacio Moreno Fernández, «El derecho a la propiedad privada y a la no confiscación (la salud del pueblo está en la supremacía de la ley)», en *Antes de la próxima pandemia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 196. Como han señalado Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo Alcubilla, Concepción Espejel Jorquera y César Tolosa Tribiño, lo que está en juego es «la correcta aplicación de las reglas del juego de la democracia» y, concretamente, el pleno ejercicio «de la función representativa inherente al estatuto de los parlamentarios en el proceso de formación de la voluntad de las cámaras legislativas» [párrafo segundo del voto particular a la STC 149/2023, de 7 de noviembre (con relación a la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias)].

diendo recurrentemente a la «legislación» de urgencia como medio de regular aspectos esenciales de los ciudadanos, en principio, reservados a la ley. En efecto, en las últimas legislaturas se ha producido una sorprendente generalización del uso del decreto-ley a costa de una preocupante reducción de la actividad legislativa en la Cortes Generales, en la que la relación de proporcionalidad existente entre la «legislación» ordinaria (Cortes Generales) y la extraordinaria (Gobierno) se ha invertido. Lo «extraordinario» se está convirtiendo en lo «ordinario» y lo «ordinario», en demasiadas ocasiones, en lo «extraordinario». Ello sin perder de vista, de un lado, que mucha de esa legislación «ordinaria» no es sino fruto de la propia tramitación como ley de los previos decretos leyes dictados por el Gobierno; y, de otro, que la situación de «necesidad» a la que da respuesta el Gobierno con el decreto-ley muchas veces la ha generado su propia pasividad, provocando que una «necesidad» no perentoria, acabe reclamando una intervención «urgente» y «extraordinaria».

La legislación de urgencia supone una excepción extraordinaria a la garantía de la ley, razón por la cual, «la Constitución y los Estatutos de Autonomía imponen límites materiales al decreto-ley con el fin de preservar la posición central del Parlamento dentro del sistema constitucional y asegurar con ello que las regulaciones que afectan al «ámbito vital de las personas» dependan “exclusivamente de la voluntad de sus representantes”»¹⁶. Por este motivo, el art. 86.1 de nuestra Constitución dispone que «[e]n caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general».

En ese tipo de normación —a diferencia de la legislación delegada en la que el Gobierno actúa por delegación del Parlamento— el Gobierno ejerce un poder propio, no sujeto a autorización previa y con capacidad de modificar disposiciones legislativas. Se trata de un instrumento con fuerza de ley que únicamente puede utilizarse cuando concorra una situación de «necesidad» que esté calificada por las notas de «extraordinaria» y «urgente», en la medida en que reclama una acción normativa que, por lo ordinario, compete al legislador, pero que, precisamente por esa necesidad y por no poder ser atendida por una acción normativa emanada de las Cortes Generales, se autoriza al Gobierno, con un carácter de provisionalidad, hasta que obtiene la convalidación y, en su caso, la conversión en ley. Eso sí, la «legislación de urgencia» «constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías»¹⁷, de modo que, sin perjuicio de su legitimidad constitucional, lo que no le es dado al Gobierno es la posibilidad de abordar la regulación de materias en las que, por no requerir una acción normativa inmediata y extraordinaria, su normación corresponda a las Cortes Generales como único representante del pueblo soberano y titular de los principios de legitimidad democrática directa y de legalidad¹⁸.

¹⁶ STC 107/2015, de 28 de mayo, FJ 2.

¹⁷ SSTC 182/1997, de 28 de octubre FJ 3; y 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 4.

¹⁸ STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 9.

Aunque es de la competencia del Gobierno determinar cuándo la situación requiere el establecimiento de una norma por vía de decreto-ley, no está autorizado para incluir «cualquier género de disposiciones», esto es, «ni aquéllas que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquéllas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad»¹⁹. Además, «las medidas requeridas para hacer frente a una situación de extraordinaria y urgente necesidad han de ser concretas y de eficacia inmediata»²⁰. Su finalidad es, pues, «subvenir a situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes»²¹.

La necesidad de adaptación normativa debe ser coyuntural y no estructural, y ha de estar cualificada por las notas de gravedad, imprevisibilidad o relevancia, pues lo contrario «supondría excluir prácticamente en bloque del procedimiento legislativo parlamentario» el conjunto de determinadas legislaciones, «lo que obviamente no se corresponde con nuestro modelo constitucional de distribución de poderes»²². No basta, pues, con que exista una necesidad derivada de «un motivo genérico de urgencia», sino que debe concurrir también una situación «extraordinaria»²³. En cualquier caso, al Tribunal Constitucional no le importa «la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurren», pues —a su juicio— la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida es independiente «de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno», de modo que solo le interesa «si la situación era objetivamente merecedora de un tratamiento normativo por la vía de la legislación de urgencia, con independencia de las causas que hubieran podido ocasionarla»²⁴.

Pues bien, veamos un ejemplo de una situación de inactividad (con relación al impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana) que provocó la «necesidad» de recurrir de forma «extraordinaria y urgente» a la normación por decreto-ley, respecto de la que el Tribunal Constitucional no tuvo ningún problema en darle «carta de naturaleza» (al no importarle la causa de la necesidad sino tan solo su efectiva existencia). La STC 26/2017, de 16 de febrero, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 4.1, 4.2 a) y 7.4, de la Norma Foral 16/1989, de 5 de julio, reguladora del impuesto en el territorio histórico de Gipuzkoa, señalando que «la forma de determinar la existencia o no de un incremento susceptible de ser sometido a tributación es algo que sólo corresponde al legislador, en su libertad de configuración normativa, a partir de la publicación de esta Sentencia, llevando a cabo las modificaciones o adap-

¹⁹ SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; y 1/2012, de 13 de enero, FJ 11.

²⁰ STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 6.

²¹ SSTC 145/2023, de 25 de octubre, FJ 3 d); y 7/2024, de 16 de enero, FJ 4.

²² STC 47/2015, de 5 de marzo, FJ 5; y 20/2024, de 31 de enero, FJ 3 a).

²³ STC 126/2016, de 7 de junio, FJ 5.

²⁴ SSTC 166/2023, de 22 de noviembre, FJ 5; y 7/2024, de 16 de enero, FJ 4.

taciones pertinentes en el régimen legal del impuesto que permitan arbitrar el modo de no someter a tributación las situaciones de inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana» (FJ 7)²⁵. A continuación, la STC 37/2017, de 1 de marzo, hizo lo propio con los arts. 4.1, 4.2 a) y 7.4, de la Norma Foral 46/1989, de 19 de julio, del territorio histórico de Álava (FJ 5). Por último, lo mismo hizo, primero, la STC 59/2017, de 11 de mayo, respecto de los arts. 107.2 y 110.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo [FJ 5 c)], y, después, la STC 72/2017, de 5 de junio, con relación a los arts. 175.2, 175.3 y 178.4 de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de haciendas locales de Navarra [FJ 4 b)].

Tras la anterior llamada a los diferentes «legisladores» para que acomodasen el impuesto aplicable en cada uno de los territorios de su competencia a las exigencias constitucionales, se dictaron de forma inmediata las siguientes disposiciones correctivas: (i) *Guipúzcoa*: dictó el Decreto Foral-Norma 2/2017, de 28 de marzo, por el que se modificaba el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana y, por tanto, en poco más de un mes después del dictado de la STC 26/2017, de 16 de febrero, y tan solo tres días después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 72, de 25 de marzo; (ii) *Álava*: aprobó el Decreto Normativo de Urgencia Fiscal 3/2017, de 28 de marzo, relacionado con el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, esto es, poco menos de un mes desde la aprobación de la STC 37/2017, de 1 de marzo, y antes de su publicación en el BOE núm. 83, de 7 de abril; (iii) *Vizcaya*: territorio histórico cuya normativa no había sido declarada inconstitucional (al no haberse cuestionado), aprobó igualmente el Decreto Foral Normativo 3/2017, de 20 de junio, por el que se modificaba la Norma Foral 8/1989, de 30 de junio, sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana; y (iv) *Navarra*: incorporó las adaptaciones necesarias mediante la Ley Foral 19/2017, de 27 de diciembre, por la que se modificaba la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra, es decir, en poco más de seis meses desde la STC 72/2017, de 5 de junio, pues se trataba «*de ofrecer una respuesta normativa rápida*» (párrafo primero de su Preámbulo).

En el «territorio común», cuya regulación correspondía al Estado, la respuesta normativa se hizo esperar. Aunque en un principio el Gobierno llegó a un acuerdo con la «Federación Española de Municipios y Provincias» (FEMP) para la modificación de la LHL (que se concretó en un anteproyecto de ley de 28 de julio de 2017), nunca llegó a materializarse en un «proyecto de ley». Unos meses después hubo otro intento, esta vez, del «Grupo Parlamentario Popular» en el Congreso de los Diputados, quien presentó una «*Proposición de ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de*

²⁵ Esta misma norma ha sido objeto después de una segunda declaración de inconstitucionalidad, esta vez, total, de los arts. 4.1, segundo párrafo, 4.2 a) y 4.3 de la Norma Foral 16/1989, de 5 de julio, del territorio histórico de Guipúzcoa, del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (en redacción anterior a la modificación operada por el Decreto Foral-Norma 7/2021, de 16 de noviembre), por la STC 46/2024, de 12 de marzo (en la cuestión prejudicial de validez de normas forales núm. 5349-2023 planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Donostia-San Sebastián).

marzo, y otras normas tributarias»²⁶, que terminó declarándose caducada como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales y la convocatoria de elecciones generales²⁷.

Más de dos años después del dictado de la STC 59/2017, de 11 de mayo, recayó una nueva sentencia, la STC 126/2019, de 31 de octubre, la cual, bajo el título de «[l]a necesaria intervención de legislador», tras recordar que «a fecha de hoy han transcurrido más de dos años desde la publicación de la STC 59/2017, de 11 de mayo (en el BOE núm. 142, de 15 de junio), sin que haya acomodado el impuesto a las exigencias constitucionales», insistió en que «es importante señalar que una vez declarados inconstitucionales, primero los arts. 107.1, 107.2 a) y 110.4 del TRLHL por la STC 59/2017, de 11 de mayo, y ahora el art. 107.4 TRLHL por la presente sentencia, es tarea del legislador, en el ejercicio de su libertad de configuración normativa, realizar la adaptación del régimen legal del impuesto a las exigencias constitucionales puestas de manifiesto en una y otra sentencia» [FJ 5 b)]. Poco le importó al Estado esta nueva «llamada» (admonición) del Tribunal Constitucional.

Tuvieron que transcurrir casi otros dos años para que el día 29 de junio de 2021 se aprobase por el Gobierno un nuevo anteproyecto de ley para la reforma de la Ley de Haciendas Locales, que tampoco llegó a ver la luz (ni como «proyecto de ley» del Gobierno ni como «proposición de ley» de su grupo parlamentario en el Congreso de los Diputados). Fue, entonces, cuando sobrevino la STC 182/2021, de 26 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad, ya no parcial, sino total, de los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2 a) y 107.4 LHL, dado que «el mantenimiento del actual sistema objetivo y obligatorio de determinación de la base imponible, por ser ajeno a la realidad del mercado inmobiliario y de la crisis económica y, por tanto, estar al margen de la capacidad económica gravada por el impuesto y demostrada por el contribuyente, vulnera el principio de capacidad económica como criterio de imposición (art. 31.1 CE)» [FJ 5 D)].

A raíz de la anterior declaración de inconstitucionalidad y dada la «urgencia» de la situación «provocada» por la STC 182/2021 (más de cuatro años después de que la STC 59/2017 apelase al «legislador» para que adaptase el impuesto municipal a los parámetros constitucionales), el Gobierno se vio en la «necesidad» de recurrir al Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre²⁸, de adaptación del texto refundido de la

²⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG), Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B: Proposiciones de ley, 9 de marzo de 2018, núm. 225-1, p. 1.

²⁷ Aunque la «proposición» fue tomada en consideración el día 29 de mayo de 2018 (BOCG de 4 de junio de 2018, núm. 225-2, pp. 1 y ss.), siendo encomendada su aprobación a la «Comisión de Hacienda y Función Pública» por el procedimiento de urgencia (BOCG de 12 de junio de 2018, núm. 225-3, p. 1), publicándose las correspondientes enmiendas (BOCG de 6 de noviembre de 2018, núm. 225-4, pp. 1 y siguientes), con fecha de 13 de marzo de 2019, la Diputación Permanente del Congreso acordó, una vez producida la disolución de la Cámara por el Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones (BOE núm. 55, de 5 de marzo), la caducidad de la iniciativa (BOCG de 27 de marzo de 2019, núm. 519, p. 1).

²⁸ Unos días después de la STC 182/2021, de 26 de octubre, concretamente, el sábado 6 de noviembre, la ministra de Hacienda (María Jesús Montero Cuadrado) afirmó durante su intervención en el XIV Congreso Regional del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) andaluz que «el lunes arreglo lo de las

Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana²⁹. Según su Preámbulo *«tiene por objeto dar respuesta al mandato del Alto Tribunal de llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto como consecuencia de la última de las sentencias referidas»* y, concretamente, *«con el fin de dar cumplimiento al mandato del Tribunal Constitucional contenido en su Sentencia 59/2017»*, sin dejar de atender también *«al mandato expresado en las otras dos sentencias»* (se refiere a las SSTC 126/2019 y 182/2021) [apartado I]. Tuvieron que transcurrir casi cuatro años y medio para que el Estado central despertase de su letargo, haciéndolo solo tras provocar —con su deliberada inacción— unos incalculables perjuicios a los ciudadanos y a las entidades locales.

La anterior norma fue objeto de dos recursos de institucionalidad (de los diputados de los Grupos Parlamentarios «Popular» y «Vox»), que dieron lugar a las SSTC 17/2023, de 9 de marzo, y 35/2023, de 18 de abril. En ambos, como era de esperar, se planteaba la inexistencia del presupuesto habilitante, al haber sido la inacción de los poderes públicos la única causante de la situación de extraordinaria y urgente necesidad a la que tuvo que «dar respuesta». La primera sentencia citada (y, luego, también la segunda), sin embargo, consideró que *«resulta jurídicamente admisible la acción normativa inmediata, evitando con ello la demora que hubiera supuesto recurrir a la tramitación legislativa ordinaria»* pues, *«[a]tendiendo al contenido del fallo de las SSTC 59/2017, 126/2019 y 182/2021, se puede apreciar que la única que produjo un vacío legislativo capaz de impedir la exigencia del IIVTNU fue la última de ellas»*, de modo que el Real Decreto-ley 26/2021 vino a adaptar la normativa reguladora de las haciendas locales *«a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional»* y, concretamente, *a «la STC 182/2021»* [FJ 2 B) e)]. En esa resolución, no solo se parte de una premisa que es incorrecta (que la única sentencia que produjo un vacío legislativo capaz de impedir la exigencia del IIVTNU fue la STC 182/2021, pues las SSTC 59/2017 y 126/2019

plusvalías, hombre, claro, lo llevo al Consejo de Ministros, dicho y hecho» (puede consultarse en COPE: https://www.cope.es/emisoras/andalucia/noticias/maria-jesus-montero-xiv-congreso-del-psoe-a-lunes-arreglo-las-plusvalias-20211106_1602986).

²⁹ Este decreto-ley fue convalidado en sesión plenaria del Congreso de los Diputados del 2 de diciembre de 2021, acordándose «su tramitación como Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia» (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie D: General, 10 de diciembre de 2021, núm. 374, p. 9). Sin embargo, una vez publicado el anterior decreto-ley como «Proyecto de Ley por el que se adapta el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (procedente del Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre)» (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: Proyectos de ley, 17 de diciembre de 2021, núm. 80-1, pp. 1 y ss.), la Comisión de Hacienda y Función Pública tuvo el proyecto en el trámite de enmiendas (que prorrogaba quincenalmente) desde el 17-12-2021 hasta el 30-05-2023, acordando la Mesa de la Diputación Permanente del Congreso el día 1 de junio de 2023, como consecuencia de la aprobación del Real Decreto 400/2023, de 29 de mayo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones (BOE núm. 128, de 30 de mayo), la caducidad de la iniciativa (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie D: General, 16 de junio de 2023, núm. 637, p. 1).

también impidieron, aunque fuera en determinadas circunstancias, la exigencia el citado tributo), sino que ninguna consideración le mereció al Tribunal el hecho de que las SSTC 59/2017 y 126/2019 hubiesen hecho una llamada «urgente» al «legislador» para que, en el ejercicio de su libertad configurativa, adecuase a la Constitución el citado tributo, lo que fue totalmente desoído durante más de cuatro años, incumpliendo tanto el Gobierno como las Cortes Generales sus obligaciones constitucionales. Si el Estado tuvo la tranquilidad de esperar años para dar respuesta a la situación existente, difícilmente podía afirmarse que se estaba ante una situación de «imprevisibilidad» que determinara «la necesidad de una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes»³⁰.

Resulta por lo menos curioso que el Tribunal Constitucional haya sido muy exigente, por ejemplo, en la apreciación de la indefensión material constitucionalmente relevante para los ciudadanos, rechazando su concurrencia cuando «sea imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente» en la situación que luego denuncia³¹, de modo que no pueda invocar indefensión con efectos constitucionales quien, con su propia conducta, ha contribuido a originarla «siendo causa determinante de la misma»³², y, sin embargo, luego sea excesivamente laxo con la conducta de los poderes públicos que, siendo causantes de las situaciones de necesidad, acudan a darles respuesta con un instrumento extraordinario como es el del decreto-ley. No parece lógico que el Estado pueda beneficiarse de sus propias irregularidades³³, «porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza»³⁴.

III. La alteración del *nomen iuris* con la única intención de eludir los efectos jurídicos propios de la figura jurídica verdaderamente utilizada

Otra de las corruptelas habituales en la que incurren nuestros poderes públicos se halla en evitar llamar a las cosas por su propio nombre, al considerar que con la mera alteración de su denominación se pueden evitar aquellas consecuencias jurídicas propias de la figura jurídica verdaderamente utilizada que no son deseadas. Aunque esto sucede en todas las materias del ordenamiento jurídico, se acentúa en la tributaria, en la que existe una especie de obsesión por atribuir una naturaleza «no tributaria» a figuras que son verdaderos «impuestos» (y, por tanto, «tributos»), fundamentalmente con dos

³⁰ STC 125/2016, de 7 de julio, FJ 3. Algo parecido había sucedido en otra ocasión anterior, la resuelta por la STC 1/2012, de 13 de enero, ante la total desidia del Gobierno en la trasposición de la Directiva 85/337/CEE, de 27 de junio, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, que dio lugar a la STJCE de 13 de junio de 2002 [asunto *Comisión/Reino de España* (C-474/99)].

³¹ SSTC 2/2008, de 14 de enero, FJ 2; y 28/2023, de 17 de abril, FJ 3.

³² STC 60/2023, de 24 de marzo, FJ 3.

³³ STC 214/2002, de 11 de noviembre, FJ 6 (con relación a la Administración).

³⁴ SSTC 140/2003, de 14 de julio, FJ 8; y 165/2020, de 16 de noviembre, FJ 4 a).

intenciones: sustraer su regulación al principio de reserva de ley (art. 31.3 CE) y/o evitar la aplicación de los principios constitucionales del deber de contribuir (art. 31.1 CE).

Veamos un ejemplo. El día 25 de agosto de 2022 los grupos parlamentarios Socialista y Confederal de Unidad Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común registraron en el Congreso de los Diputados la Proposición de Ley para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito³⁵. Dejando a un lado que la página web del Congreso no le asigna a la iniciativa legislativa el título originario, sino que la identifica con el resultante de su tramitación (esto es, cuando ya no es «proposición» sino «ley»)³⁶, lo cierto es que su objeto era el de establecer dos nuevas prestaciones («gravámenes») patrimoniales en el ámbito energético y en el financiero. Una y otra se dirigían «a reforzar el pacto de rentas de tal manera que determinados grandes grupos económicos realicen una aportación obligatoria que grave y, en consecuencia, reduzca sus beneficios empresariales, contribución que, además, permitirá reforzar la acción pública dotándola de recursos adicionales para el sostenimiento del pacto de rentas respecto de los más desfavorecidos» (Exposición de Motivos, apartado I). Ambos «gravámenes» se calificaban «como prestación patrimonial de carácter público no tributario», por cuanto se configuraban como instrumentos de intervención del Estado en la economía, de modo que «la exigencia de la prestación a los obligados al pago no se incardina en el ámbito de una relación jurídico-tributaria, sino en el contexto de la intervención del Estado en la economía a fin del cumplimiento de los principios y valores constitucionales que rigen nuestro contrato social», estándose ante «un instrumento para hacer efectivo el denominado principio del “reparto del esfuerzo”» (Exposición de Motivos, apartado II)³⁷.

No cabe ninguna duda de que con la aprobación de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, pese al *nomen iuris* utilizado por el legislador, se han incorporado al ordenamiento jurídico tres nuevos «gravámenes», de naturaleza «tributaria», concretamente, «impositiva». Sin embargo, la Exposición de Motivos de la norma, de una forma absolutamente confusa y contradictoria, si bien justifica que los dos primeros (energético y crédito) se dirigen a mitigar los efectos

³⁵ BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 271-1, 30 de agosto de 2022, pp. 1-11.

³⁶ Así, la identifica como la «Proposición de Ley para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias», cuando lo cierto es que el añadido fue incorporado durante su tramitación y, por tanto, no existía en el título del texto de la iniciativa.

³⁷ Y tras atribuir a los dos gravámenes objeto de la iniciativa legislativa una naturaleza «no tributaria», la enmienda núm. 99, de adición (de los mismos grupos parlamentarios que articularon la «proposición»), sin conexión alguna con el texto de la iniciativa legislativa (pues ni hacía referencia al «gravamen» energético ni tampoco al de las entidades de crédito), introdujo un nuevo gravamen pero, esta vez, se decía, de naturaleza «tributaria», a saber, el «Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas» (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 171-5, 18 de noviembre de 2022, pp. 102 y ss.). Dicha enmienda sería luego incorporada al informe de la ponencia con una doble finalidad: «recaudatoria» y «armonizadora» (según señala tanto el apartado V de la Exposición de Motivos como la propia justificación de la enmienda) [BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 171-6, 23 de noviembre de 2022, p. 9].

nocivos de la escalada de precios, que había provocado que los salarios creciesen por debajo de la inflación, mientras que los beneficios empresariales de los sectores más favorecidos por el aumento de los precios se estaban «incrementando», razón por la cual era aconsejable «establecer una prestación patrimonial de carácter público de naturaleza no tributaria», a renglón seguido señala que se dirigen a «que determinados grandes grupos económicos realicen una aportación obligatoria que *grave*» (de gravamen) sus «beneficios» [esto es, la renta]; concretamente, se trataría de los del sector eléctrico, gasista y petrolero y el de las entidades de crédito, que son quienes mejor pueden «contribuir» (de contribución al sostenimiento de los gastos del Estado) a «reforzar el pacto de rentas», debiendo calcularse la «prestación» («contributiva», pues busca «contribuir») sobre la cifra de negocios en el caso del sector energético y sobre el margen de intereses y comisiones en el caso de las entidades de crédito (apartado I). De este modo, tras calificar la propia Exposición de Motivos como gravámenes «contributivos» a los establecidos para las empresas energéticas y crediticias y, por tanto, tras considerarlos explícitamente como «tributos», concluye con que «ambos gravámenes ...no tienen un carácter tributario, por cuanto se configuran como instrumentos de intervención del Estado en la economía» (apartado II).

La anterior calificación solo puede ser fruto de la ignorancia o de la iniquidad. *Tertium non datur*. Pese a su evidente naturaleza «contributiva» (por mucho que se le atribuya un pretendido pero inexistente fin regulador), considera el legislador que basta con atribuir «formalmente» una determinada calificación a una concreta figura para asignarle unas consecuencias jurídicas diferentes a las propias de su verdadera naturaleza³⁸. Los «gravámenes» citados, sin embargo, se dirigen derechamente al establecimiento de una nueva fuente de ingresos con la que financiar el gasto público, sin que su accesorio fin «intervencionista» altere su manifiesta (y manifestada) finalidad «recaudatoria» (para reforzar el «pacto de rentas»)³⁹. Basta con acudir a la estructura del

³⁸ Aunque el legislador posee la facultad de determinar libremente en cada caso cuáles son las figuras jurídico-tributarias que prefiere aplicar (SSTC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ 5; y 102/2005, de 20 de abril, FJ 3), ni es decisivo el *nomen iuris* que les haya asignado (SSTC 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 4; y 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3), ni el Tribunal Constitucional queda vinculado por el utilizado [SSTC 94/2017, de 6 de julio, FJ 6; y 63/2019, de 9 de mayo, FJ 5 a)]. Las categorías tributarias, más allá de las denominaciones legales, tienen cada una de ellas la naturaleza propia y específica que les corresponda de acuerdo con su presupuesto de hecho y en función de su configuración y estructura jurídica, no pudiendo hacerse depender, en ningún caso, de la mera denominación que el legislador, a su discreción, les asigne [SSTC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3; 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5; y 62/2015, de 13 de abril, FJ 3 c)]. Pues bien, tienen «naturaleza tributaria» las impuestas coactivamente que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (SSTC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3; y 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5). Y tienen naturaleza «no tributaria» aquellas que, aun coactivamente impuestas por el poder público, pretenden «intervenir» en un determinado sector con la finalidad de atender a la consecución de otros valores constitucionalmente consagrados (STC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3; y 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5).

³⁹ Los «tributos» no solo tienen un fin «fiscal» (fuente de ingresos o manera de allegar medios económicos a los entes públicos para financiar el gasto público), sino que también pueden servir para la consecución de políticas extrafiscales (instrumento al servicio de la realización de políticas sectoriales distintas de la puramente recaudatoria) [SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13; y 60/2018, de 4 de junio, FJ 3]. La diferencia entre un fin «fiscal» y otro «extrafiscal» está en si el tributo se dirige principalmente a «recaudar» (fin

«gravamen» para comprobar cómo su naturaleza verdadera es la propia de un impuesto, al no atisbarse en ninguno de sus elementos, siquiera indiciariamente, el pretendido objetivo regulador, más allá de una genérica «afectación» del producto obtenido (a variados y alternativos fines) que ha llevado al legislador a confundir la «parafiscalidad» de un tributo con su carácter «extrafiscal»⁴⁰ y su «extrafiscalidad» con su pretendida «naturaleza no tributaria».

Es patente que la anterior «manipulación» no pretendía eludir, esta vez, el principio de reserva de ley, al haberse llevado a cabo su regulación por una disposición con rango de ley. Parece, entonces, que su finalidad podría hallarse en el intento de evitar la aplicación de los principios constitucionales del art. 31.1 CE y, concretamente, los de igualdad y generalidad tributaria (por la diferencia de trato dispensada a las empresas de los sectores afectados) y el de la prohibición de confiscatoriedad (por si la suma conjunta de los nuevos impuestos con el de sociedades pudiera llegar a tener un alcance confiscatorio). Olvida el legislador, no obstante, que las categorías tributarias, al margen de la denominación utilizada, tienen la naturaleza propia que se derive de su configuración y régimen jurídico⁴¹, no impidiendo su mera «calificación» la aplicación de los principios y límites constitucionales (en concreto, los de igualdad y no confiscatoriedad).

Si lo anterior no fuera lo suficientemente determinante de la «confusión» existente en el «legislador» a la hora de calificar las prestaciones patrimoniales de carácter público, más grave es aún la situación que presenta la reciente iniciativa legislativa denominada como «*Proposición de Ley para una correcta imposición de los beneficios caídos del cielo de la gran banca*»⁴² [sic], articulada por el Grupo Parlamentario Mixto⁴³. Dejando ahora a un lado la defectuosa utilización de las preposiciones y soslayando el fracaso de la

fiscal) o a «estimular» o «desincentivar» determinadas conductas de los ciudadanos (fin extrafiscal) [SSTC 122/2012, de 5 de junio, FJ 4; y 87/2019, de 20 de junio, FJ 19], para lo cual es imprescindible determinar si su finalidad «principal» es la de ser un mero instrumento de «recaudación» (medio de obtener recursos financieros, aunque también sirva de forma secundaria a la ejecución de políticas económicas, sociales, medioambientales, etc.) o se ha configurado como un medio de «intervención» (instrumento de ejecución de políticas sectoriales aunque también coadyuve adicionalmente a la obtención de ingresos). Y para concretar la verdadera naturaleza del tributo (su carácter contributivo o finalista) es determinante que pretenda o no «modificar comportamientos» (STC 94/2017, de 6 de julio, FJ 8), esto es, que sea «un instrumento motivador de conductas», por exteriorizar «los elementos suasorios —persuasivos o disuasorios— que refuerzan sus fines... no predominantemente fiscales» (STC 96/2013, de 23 de abril, FJ 8).

⁴⁰ Los tributos «parafiscales» son aquellos cuya recaudación está afectada a la financiación de determinados fines o entes [por ejemplo, la «exacción sobre el precio de las gasolinas de automoción las islas Canarias, Ceuta y Melilla» (STC 35/1984, de 13 de marzo, FJ 3) o el «recurso cameral permanente» (SSTC 113/1994, de 14 de abril, FJ 3; 107/1996, de 12 de junio, FJ 3; y 206/2001, de 22 de octubre, FJ 15), una y otro «afectados» a la financiación, respectivamente, de los ayuntamientos y de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación]. La «parafiscalidad» no determina, entonces, la naturaleza «extrafiscal» del tributo.

⁴¹ SSTC 296/1994, de 10 de noviembre, FJ 4; y 63/2019, de 9 de mayo, FJ 5.

⁴² BOCG, Congreso de los Diputados, XV Legislatura, Serie B: proposiciones de ley, 23 de febrero de 2024, núm. 65-1, p. 1.

⁴³ Integrado actualmente por ocho diputados/as de los cuales cuatro son de la formación política Sumar y el resto de Unión del Pueblo Navarro (UPN), del Bloque Nacionalista Galego (BNG), de Coalición Canaria (CC) y del Partido Socialista Obrero Español (PSOE).

propuesta⁴⁴, lo relevante es que su art. 1.º se propuso la creación de un «gravamen» temporal sobre los márgenes extraordinarios de las entidades financieras (apartado 1.º), con la «naturaleza jurídica de prestación patrimonial de carácter público no tributario» (apartado 2.º). Una vez más, sin necesidad de entrar a analizar su «estructura», basta con acudir a la propia Exposición de Motivos de la norma propuesta para constatar cómo se recogía textualmente que este nuevo «impuesto» tenía como objetivo «recaudar» los fondos extraordinarios obtenidos por los bancos, de manera que el «impuesto» (sic) cumplía los objetivos de efectividad y capacidad de pago, pues «es fácil de recaudar» y no es «confiscatorio» en tanto que solo «grava» los márgenes excesivos (párrafo 7). No se podía decir tanto y tan claro sobre la naturaleza «tributaria», «fiscal», meramente «recaudatoria» del «impuesto» pretendido, pese a que se le calificase como una prestación patrimonial «no tributaria».

En fin, cuando pese al aplomo con el que puedan utilizarse las «calificaciones jurídicas», nos empeñamos en banalizar los «figuras jurídicas» recurriendo a sesgados usos lingüísticos, no solo acabamos por vaciarlos de su verdadero contenido y significación, sino que los abocamos «al voluntarismo de la subjetividad»⁴⁵ y, con ello, al espurio ámbito de la arbitrariedad.

4. El «préstamo efímero» de diputados/senadores para alcanzar el número legamente exigido de cara a la constitución de grupos parlamentarios

En esta nueva legislatura (la 15.^a) se ha vuelto a producir otra corruptela en la constitución de algunos grupos parlamentarios tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado. Se trata, concretamente, de la que se produce con la «cesión» por parte de los grupos mayoritarios, a los representantes vascos y catalanes, de diputados y senadores para que puedan alcanzar las mayorías necesarias para constituir sus propios «grupos parlamentarios». Según la Constitución, «[l]as Cámaras establecen sus propios Reglamentos» (art. 72.1 CE). El Reglamento del Congreso prevé, por su parte, que para que los diputados puedan constituir un grupo parlamentario es necesario un número «no inferior a quince» (art. 23.1 RC). No obstante, también podrán constituirlo los diputados «de una o varias formaciones políticas» que «hubieren obtenido un número de escaños no inferior a cinco» y, al menos, «el 15 por 100 de los votos correspondientes a las circunscripciones en que hubieren presentado candidatura o el 5 por 100 de los emitidos en el conjunto de la Nación» (art. 23.1 RC), que, en el caso del País Vasco, debía alcanzarse en cada una de las tres provincias (Álava, Guipúzcoa y Vizcaya), y, en el de Cataluña,

⁴⁴ La propuesta fue finalmente rechazada en el debate de toma en consideración de 9 de abril de 2024 por 294 votos (solo votaron a favor 41 diputados). En BOCG, Congreso de los Diputados, XV Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, 15 de abril de 2024, núm. 65-2, p. 1.

⁴⁵ Así calificaba Javier Jiménez Campo la confusión con la que tanto la doctrina científica como la constitucional se refiere a los «valores» y a las «normas» («Art. 10.1», en *Comentarios a la Constitución Española*, XL aniversario, Boletín Oficial del Estado/Ministerio de Justicia/Wolters Kluwer/Tribunal Constitucional, Madrid, 2018, p. 214).

en cada una de las cuatro (Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona). Los diputados que no sean miembros de ninguno de los grupos parlamentarios constituidos podrán asociarse a alguno de ellos mediante una solicitud dirigida a la Mesa del Congreso que deberá ser aceptada por el portavoz del grupo al que pretenda asociarse (art. 24.3 RC). Los asociados se computarán para la determinación de los mínimos citados anteriormente (art. 24.4 RC). Los diputados que no hayan quedado integrados en un grupo parlamentario «*quedarán incorporados al Grupo Mixto*» (art. 25.1 RC), con lo que ello implica de reparto de subvenciones⁴⁶, de participación en comisiones y de tiempo de uso de la palabra en los plenos⁴⁷.

El Reglamento del Senado establece que cada grupo parlamentario estará compuesto, al menos, de 10 senadores (art. 27.1 RS), y los que no se hubieren incorporado a un grupo parlamentario pasarán a integrar el Grupo Mixto (art. 30.1). Los senadores que dejasen de pertenecer a un grupo parlamentario quedarán automáticamente incorporados al Grupo Mixto, salvo que en el plazo de tres días se adscribieran a otros grupos ya constituidos (art. 30.3 RS). Si durante el transcurso de la legislatura quedase reducido a un número inferior a seis, quedará disuelto al finalizar el período de sesiones (art. 27.2 RS). El Senado facilitará a los grupos una subvención cuya cuantía se fijará en función del número de sus componentes y, además, un complemento fijo igual para todos (art. 34 RS)⁴⁸.

En el Congreso de los Diputados, en las elecciones del pasado 23 de julio de 2023, las formaciones políticas del Partido Popular [PP (137 diputados)], el Partido Socialista Obrero Español [PSOE (121)], Vox (33) y Sumar (31) obtuvieron más de 15 diputados cada una de ellas, por lo que podían formar un grupo propio. EH Bildu (6) y Euzko Alderdi Jeltzalea-Partido Nacionalista Vasco [EAJ-PNV (5)] superaron el 15% de los votos de sus circunscripciones⁴⁹. Sin embargo, Esquerra Republicana de Catalunya [ERC (7)] y Junts per Catalunya [JC (7)] no alcanzaron ese 15 por ciento en algunas

⁴⁶ No hay que olvidar que el Congreso asignará a los grupos parlamentarios «una subvención fija idéntica para todos y otra variable en función del número de Diputados de cada uno de ellos» (art. 28.1 RC).

⁴⁷ «Todos los Grupos Parlamentarios, con las excepciones previstas en este Reglamento, gozan de idénticos derechos» (art. 29 RC). Si bien «[l]as intervenciones del Grupo Parlamentario Mixto podrán tener lugar a través de un solo Diputado y por idéntico tiempo que los demás Grupos Parlamentarios» (art. 75.1 RC), «[d]e no existir tal acuerdo, ningún Diputado del Grupo Parlamentario Mixto podrá intervenir en torno de Grupo Parlamentario por más de la tercera parte del tiempo establecido para cada Grupo Parlamentario y sin que puedan intervenir más de tres Diputados», siendo la duración de la intervención la mitad (no de la tercera parte) y el número de diputados dos (en lugar de tres), «cuando el tiempo resultante de la división por tres no fuera igual o superior a cinco minutos» (art. 75.2 RC).

⁴⁸ Sobre este particular, véase también el art. 4 d) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

⁴⁹ La formación EH Bildu obtuvo 6 diputados (1,36%) con un porcentaje de votos por provincias del 19,54% (Álava), 31,26% (Guipúzcoa) y 20,69% (Vizcaya), lo que suponía que aun cuando no había alcanzado el 5% a nivel nacional, si había superado el 15% de los votos en las tres circunscripciones. Por su parte, el EAJ-PNV había obtenido 5 diputados (1,12%) con un voto total del 16,62% (Álava), 22,65% (Guipúzcoa) y 26,97% (Vizcaya), lo que implicaba también que aun cuando tampoco había alcanzado el 5% a nivel nacional si había superado el 15% en todas las circunscripciones.

de las circunscripciones (ni el 5 por ciento a nivel nacional)⁵⁰, por lo que no podían constituir su propio grupo parlamentario, debiendo integrarse sus diputados en el Grupo Mixto. No obstante, el PSOE «cedió» 4 diputados a JC y Sumar otros 2 a ERC a los exclusivos efectos de la constitución del «Grupo Parlamentario Republicano» pero sin que ese «préstamo» implique la plena integración del «prestado» en el grupo formalmente constituido, pues la «cesión» se hace exclusivamente a los efectos de la constitución del grupo parlamentario, pero retornando inmediatamente el «cedido» al grupo de su formación política. La única cautela que ha tenerse con la práctica de este «fraude» es que los componentes del grupo parlamentario prestatario no queden reducidos *«a un número inferior a la mitad del mínimo exigido para su constitución»*, pues, en tal caso, *«el Grupo quedará disuelto»* y sus miembros pasarían automáticamente a formar parte del «Grupo Mixto» (art. 27.2 RC).

No deja de sorprender que la práctica de esa «cesión» o «préstamo» de diputados/senadores no sea algo inusual. Pero aún más sorprende es que el Tribunal Constitucional no haya tenido ningún problema en dar carta de naturaleza a lo que considera como una «costumbre» y que, por tanto, la haya legitimado como un «uso» constitucionalmente válido. Veamos algún ejemplo: en 1993 la Mesa de la Cámara del Congreso de los Diputados aceptó la cesión de 1 diputado del Partido Aragonés Regionalista (PAR) a Coalición Canarias (CC) para que pudiese constituirse en grupo parlamentario propio. A partir de ese momento se fue consolidando hasta alcanzar la categoría de «uso parlamentario»⁵¹. En efecto, lo mismo sucedió, por ejemplo, en 2011, cuando Unión, Progreso y Democracia (UPD) formó su propio grupo parlamentario con un diputado de Foro Asturias (FA) que luego se pasó al Grupo Mixto. Y en 2019 la Mesa del Congreso autorizó nuevamente, con la intención de evitar la masificación del Grupo Mixto, la creación de un híbrido (el Grupo Plural) integrado por Junts per Catalunya (7), Más País-Equo (3), Bloque Nacionalista Galego (1), así como con los diputados de Teruel Existe (1), Partido Regionalista de Cantabria (1) y Coalición Canaria-Nueva Canaria (2), los cuales luego se pasaron al Grupo Mixto.

La «cesión» no solo es una práctica propia del Congreso de los Diputados; también lo es del Senado. Es lo que ha sucedido en las últimas elecciones generales (de julio de 2023) con los vascos y catalanes, que tampoco alcanzaron el número necesario de senadores para formar su propio grupo parlamentario. En este sentido, Izquierdas por la Independencia (IXI), la agrupación electoral de Esquerra Republicana per Catalunya y EH Bildu obtuvo 7 senadores (con el 4,21% de los votos). El Partido Nacionalista Vasco (PNV), por su parte, obtuvo 4 senadores (1,28%), al que había que sumar otro

⁵⁰ ERC obtuvo 7 diputados (1,89%) con un porcentaje de votos por provincias del 12,33% (Barcelona), 14,74% (Gerona), 18,62% (Lérida) y 15,07% (Tarragona), lo que implicaba que no había alcanzado ni el 5% a nivel nacional ni el 15% en dos de las circunscripciones (Barcelona y Gerona). Por su parte, Junts obtuvo también 7 diputados (1,60%) con un voto total del 9,68% (Barcelona), 19,60% (Girona), 18,04% (Lérida) y 11,08% (Tarragona), lo que suponía que tampoco había alcanzado el 5% de los votos a nivel nacional ni el 15% en dos de las circunscripciones (Barcelona y Tarragona).

⁵¹ Así lo denomina la STC 76/2017, de 19 de junio, FJ 5.

de designación autonómica⁵², lo que hacía un total de 5 senadores. Y Junts per Catalunya (1,85%) tan solo obtuvo 1 senador, al que se sumarían los 2 de designación autonómica, lo que le llevaba a un total de 3 senadores. Así las cosas, también aquí se recurrió a la «cesión» puntual de senadores por parte del PSOE para la constitución de grupos parlamentarios: 5 al PNV (uno de los cuales tiene que permanecer, en todo caso, para evitar la disolución del grupo parlamentario al finalizar el período de sesiones, pues su número no puede ser inferior a 6); y otros 6 a Junts (dos de los cuales también tienen que mantener durante la legislatura para evitar la citada disolución), quien contaba, además, con el senador de Coalición Canaria, para alcanzar los 10 necesarios. De este modo, la formación política catalana, con un solo senador de designación electoral, ha logrado constituir su propio grupo parlamentario.

¿Acaso no estamos ante una «costumbre» o «uso parlamentario» en claro fraude de ley? Para el Tribunal Constitucional, no. Aunque ha sido muy estricto con el cumplimiento de los requisitos numéricos (15 diputados/15 por ciento de votos en las circunscripciones), ha admitido como válida la «cesión» o «préstamo» de diputados/senadores so pretexto de tratarse de un «uso» o de una «costumbre» parlamentaria consustancial al Estado parlamentario de derecho⁵³, lo que implica que el arraigo de una práctica en claro «fraude de ley» se legitima desde el punto de vista constitucional.

⁵² Según el art. 69.5 CE «[l]as Comunidades Autónomas designarán además un Senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La designación corresponderá a la Asamblea legislativa o, en su defecto, al órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos, que asegurarán, en todo caso, la adecuada representación proporcional». La misma previsión recoge el art. 165.4 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Actualmente, existe un total de 58 senadores de designación autonómica, uno por cada comunidad autónoma (17, en total), y otro por cada millón de habitantes (41, en total), cuya designación por las asambleas legislativas se viene haciendo de forma proporcional a los grupos parlamentarios.

⁵³ Según la STC 76/2017, de 19 de junio, el «uso parlamentario» del «préstamo» de senadores (y, por tanto, de diputados), ha sido admitido «en sucesivas legislaturas» constituyendo «un importante instrumento normativo dentro del ámbito de organización y funcionamiento de las Cámaras», habiendo sido consustancial «al régimen parlamentario y, por ende, al Estado de Derecho» (FJ 5, con cita —a su vez— de las SSTC 206/1992, de 21 de noviembre, FJ 3; y 57/2011, de 25 de mayo, FJ 7). Esa sentencia se dictó respecto del acuerdo de la Mesa del Senado (2016) por el que se denegó la constitución del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado-Partit Demòcrata Català, integrado por 10 senadores (4 de Convergència Democràtica de Catalunya, 2 de Esquerra Republicana de Catalunya, 2 de Coalición Canaria, 1 de la Agrupación Socialista de la Gomera y 1 de Euskal Herria Bildu), al considerarse por la Mesa de la Cámara «antijurídica la posibilidad de constituir un Grupo Parlamentario, aunque se reúnan diez o más firmas, si, nada más transcurrido el plazo reglamentario de cinco días hábiles, el número de los mismos resulta ser inferior a seis», pues, de este modo, la constitución del grupo parlamentario «incurre en un fraude de Reglamento si la voluntad, presunta pero evidente, es la de que el Grupo Parlamentario, a partir del sexto día desde la constitución del Senado, se halle integrado por menos de seis Senadores». Para el Tribunal Constitucional, sin embargo, «la petición de formación de grupo parlamentario por parte de los recurrentes cumplía la legalidad reglamentaria, tanto respecto de la denominación y el número mínimo de senadores solicitantes, como en relación con la necesidad de que ninguno de los senadores formara parte de otro grupo parlamentario», de modo que «cumplían todos los requisitos reglamentarios para constituir grupo parlamentario, a lo que habría que añadir que el uso parlamentario del “préstamo” de senadores, admitido por la Mesa de la Cámara Alta en sucesivas legislaturas, de considerar irrelevante la pluralidad de procedencia electoral de los senadores “prestados”, la proporción numérica de los que tienen tal condición, o su pertenencia a una o a varias formaciones políticas» (FJ 5).

De este modo, si bien ha considerado que el porcentaje de votos o el respaldo electoral obtenido no podía ser utilizado «para constituir dos Grupos Parlamentarios distintos por los diputados elegidos en las candidaturas de una misma formación política»⁵⁴, sin embargo, ha entendido que existe un «uso parlamentario» consistente en el «préstamo» de senadores pertenecientes a partidos o formaciones electorales distintas «con el fin único de alcanzar el requisito numérico de diez senadores»⁵⁵.

La costumbre sólo rige «*en defecto de ley aplicable*», no en contra de esa ley (art. 1.3 Código Civil) ni tampoco en «*fraude de ley*», entendiendo este último como aquellos actos realizados al amparo del texto de una norma que persiguen un resultado contrario al ordenamiento (art. 6.4 Código Civil). El problema de la «cesión» de diputados/senadores de cara a lograr el cumplimiento de los requisitos «legales» para poder formar un grupo parlamentario propio, no se halla en el hecho mismo del «préstamo» sino que se encuentra en la espuria «intención» con la que se lleva a cabo, pues la «transacción» se realiza exclusivamente para cumplir «aparente» y «temporalmente» con los requisitos cuantitativos normativamente exigidos, procediéndose acto seguido y sin solución de continuidad a devolver los «activos» prestados al grupo prestamista. Es decir, se está ante una «costumbre» claramente *contra legem* fruto de una interpretación sesgada de los reglamentos de las cámaras. Bastaría, sin embargo, con modificarlos para dotar a esa «corruptela» de la necesaria cobertura legal, aunque sometiéndola, como no debería ser de otra manera, al cumplimiento de algunos requisitos mínimos como el de la imposibilidad de vuelta al grupo prestamista para impedir el uso espurio y torticero de la institución.

Lo que no deja de causar asombro es que sean los representantes de la soberanía nacional los que retuercen la letra de la «ley» (de su propia ley, la que se han dado en el ejercicio de su autonomía reglamentaria) para alcanzar unos fines ni queridos ni previstos en la norma reguladora, y que sea el Tribunal Constitucional quien, pese a la patente ilicitud de la figura, la bendiga tan solo por considerarla un «uso» o «costumbre» parlamentaria consustancial nada más y nada menos que al «Estado de derecho».

V. A modo de reflexión

Los tres ejemplos expuestos no son sino algunos de los síntomas de la enfermedad que padece nuestro Estado de derecho. Hay muchos más. Demasiados. Y todos des-

⁵⁴ STC 64/2002, de 11 de marzo, FJ 5. Se trataba de un supuesto en el que la Mesa del Congreso de los Diputados había rechazado (por cinco votos contra cuatro) la constitución de grupo propio al Bloque Nacionalista Galego (3 diputados), junto con el del Partido Nacionalista Vasco y el de Convergencia i Unió, pues aunque se daba el número mínimo de diputados para formar un grupo parlamentario propio (el de cinco, aunque fueran de varias formaciones políticas), salvo el Bloque, los otros dos diputados no alcanzaron el 15 por ciento de los votos en las circunscripciones por las que se presentaron. Para el Tribunal Constitucional «una vez que dicho porcentaje de votos es invocado por los Diputados elegidos en las candidaturas de una formación política para constituir un Grupo Parlamentario, este porcentaje no puede ser utilizado por otros Diputados elegidos en las candidaturas de esa misma formación política para constituir un Grupo Parlamentario diferente a aquél» (FJ 6).

⁵⁵ STC 76/2017, de 19 de junio, FJ 5.

embocan en la misma reflexión: los poderes constituidos no pueden suplantar al poder constituyente, no pueden desconocer los mandatos constitucionales y, en fin, no pueden desproteger al Estado frente a las agresiones que las que es objeto, ni siquiera cuando provengan de sus mismos poderes públicos. No estamos —no podemos estar— ante un poder constituyente permanente de la clase política⁵⁶. Como ha señalado Jiménez Campo, la Constitución proscribe «cualquier deferencia claudicante en favor del legislador» (y, con más motivo, en favor del Gobierno), como también desautoriza «todo intento de legislar» sobre sus mandatos ignorando o desatendiendo «aquella identidad que la Constitución les confiere»⁵⁷.

El legislativo solo puede hacer aquello que la Constitución le permite y no aquello que no le prohíbe, ocupando espacios que le resultan inaccesibles. Por mucho que pueda modificar o derogar la obra por él previamente creada, ni su *auctoritas* ni su *potestas* le legitiman para superar las normas previstas en la Constitución, como si fuese titular de un *imperium* ajeno a la misma. Tampoco el ejecutivo puede erigirse en el eje central del poder, instrumentalizando a las Cortes Generales para que a través de sus «normas» den a su actuación la apariencia de una legitimidad de la que carecen sus «medidas», desequilibrando la compensación interna del poder político. En fin, tampoco al Tribunal Constitucional, que no es una tercera Cámara, le es dado ni claudicar en su función de juez de la Constitución (de su verdadero espíritu y finalidad), ni colocarla en un mismo nivel que a la ley, como si la libertad configurativa del legislador otorgase a este un omnímodo poder creador, al margen de sus mandatos: «El Tribunal Constitucional, que no ostenta la representación popular, pero que sí tiene el tremendo poder de invalidar las leyes que los representantes del pueblo han aprobado, no ha recibido este poder en atención a la calidad personal de quienes lo integran, sino sólo porque es un Tribunal. Su fuerza es la del Derecho y su decisión no puede fundarse nunca, por tanto, en cuanto ello es humanamente posible, en nuestras propias preferencias éticas o políticas, sino sólo en un razonamiento que respete rigurosamente los requisitos propios de la interpretación jurídica. [...] El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos “encarnan”, para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizá más aún, al propio poder constituyente»⁵⁸.

Como ha señalado Cruz Villalón, «[e]l orden público configurado por la Constitución no solo tiene vocación de ser sino también vocación de mantenerse», no sólo

⁵⁶ En los términos señalados por Vincenzo Zangara, en su trabajo *Costituzione materiali e Costituzione convenzionale. Notazione e spunti, Scritti in onore G. Mortati*, Tomo I, Giuffrè, Milán, 1977.

⁵⁷ Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 30. Aunque, la afirmación la hace respecto de los «derechos fundamentales» que no pueden ser vistos como «simples directrices» sino con una «condición ordenadora», su conclusión es perfectamente trasladable a los restantes mandatos constitucionales.

⁵⁸ Francisco Rubio Llorente, párrafos 2.º y 6.º, respectivamente, del voto particular a la STC 53/1985, de 11 de abril [en recurso previo de inconstitucionalidad sobre el texto del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal (aborto)].

«pretende ser sino, además, asegurar su existencia», pues cuando la Constitución «es concebida como un orden natural que se agota en la descripción del poder político», «no plantea su propia existencia como problema», pues «simplemente es»⁵⁹. Hoy en día, sin embargo, la Constitución ha dejado de ser y se ha convertido en un texto sobre el deber ser. Hoy no puede defenderse de la actuación de los poderes constituidos, ni tampoco de quienes están llamados a protegerla. El «Estado de medidas» a través del «Estado de normas» ha tomado ha hecho prisionero al «Estado de derecho»⁶⁰.

En fin, «cuando la arbitrariedad y la ilegalidad osan levantar su cabeza con insolencia e impudicia, ello suele ser siempre un signo de que los que estaban llamados a defender la ley no cumplieron con su deber... En un estado de cosas semejante, el destino de los que tienen el valor de hacer observar la ley se torna un verdadero martirio: su sentimiento firme y enérgico del derecho labra ciertamente su desgracia. Abandonados de todos aquellos que debieran ser sus naturales aliados, quedan completamente solos frente a una arbitrariedad alimentada por la apatía y la cobardía de los demás, y si se niegan, en fin, a comprar al precio de grandes sacrificios la satisfacción de permanecer fieles a su modo de obrar y de pensar, no recogen acaso más que las burlas y el ridículo. En tales casos, la responsabilidad no recae principalmente sobre quienes transgreden la ley, sino sobre quienes no tienen el valor de defenderla. No debe acusarse a la injusticia por suplantar al derecho, sino a éste por dejar que esto suceda»⁶¹.

Nos hallamos ante un «nuevo régimen», el del «Estado total»⁶², en el que no solo se han subordinado los intereses generales a los individuales, sino en el que se hace pasar «por constitucional a un Estado que es, en realidad, un Estado absoluto», frente al cual «no hay más recurso absoluto e infalible que descubrir el engaño; el procedimiento es bien sencillo, pues solo consiste en destruir una apariencia, haciendo imposible la continuación de aquellas formas engañosas y cortando así el paso a sus efectos desorientadores. Consiste en obligar al gobierno a quitarse el velo de la hipocresía, presentándose formalmente ante el país y ante el mundo como lo que en realidad es: como un gobierno absoluto»⁶³.

Como han advertido los magistrados Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo Alcubilla, Concepción Espejel Jorquera y César Tolosa Tribiño en el voto particular a la STC 149/2023, de 7 de noviembre⁶⁴, precisamente con relación a algunas de las

⁵⁹ Pedro Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 13.

⁶⁰ Es decir, cuando «el poder del Estado no se ajusta a criterios jurídicos con los que se persigue la realización de justicia alguna, sino que se manifiesta en decisiones que se adoptan en casa caso concreto con criterios situacionales. En todo caso, lo que haya de considerarse “derecho” sirve siempre y solo al objetivo de propiciar las metas políticas del régimen». Ernst Fraenkel, *El Estado dual: contribución a la teoría de la dictadura*, Trotta, Madrid, 2022, p. 63.

⁶¹ Rudolf Von Jhering, *La lucha por el Derecho*, Tecnos, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 87 y 88.

⁶² Sobre este concepto, véase, Carl Schmitt, «*Deutsche bergwerk-Zeitung*», conferencia dada el 24 de noviembre de 1932, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, Berlín, 2003 (reimpresión, sin cambios, de la 1.ª ed. de 1958), pp. 359 a 366.

⁶³ Ferdinand Lasalle, en *¿Qué es una constitución?*, 5.ª ed., Ariel, Barcelona, 1997, pp. 154 y 155.

⁶⁴ En el recurso de inconstitucionalidad núm. 616-2023, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra el art. 3 de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por

prácticas a las que se ha hecho referencia en las anteriores líneas, lo que se está ventilado en la actualidad es «la vigencia misma del Estado democrático de Derecho, en el que la ley debe ser solo la expresión de la verdadera voluntad popular (preámbulo de la Constitución) y en el que todos los poderes públicos (incluido, por tanto, el legislativo) deben estar sujetos, al igual que los ciudadanos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE)» y, por tanto, «la correcta aplicación de las reglas del juego de la democracia» (párrafo segundo).

El «conversar y debatir sobre la Constitución, a partir de ella, es cosa de todos»⁶⁵, no solo de unos pocos. Caminamos de forma imparable hacia la destrucción del Estado, «democrático» y «de derecho».

la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias.

⁶⁵ Javier Jiménez Campo, «Principio de una tradición», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados/Tribunal Constitucional/Universidad Complutense de Madrid/Fundación Ortega y Gasset/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 1883.

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

LA ULTRA ACTIVIDAD DE LEYES INCONSTITUCIONALES DECLARADAS NULAS: UNA ANOMALÍA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

IGNACIO BORRAJO

Letrado del Tribunal Constitucional

I. Planteamiento

Todos sabemos que las leyes que contradicen la Constitución son inconstitucionales y nulas. Las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una ley, o de una norma con fuerza de ley, tienen «plenos efectos frente a todos»; y, salvo que en el fallo se disponga otra cosa, «subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad» (art. 164, apartados 1 y 2, CE). Esos pocos criterios constitucionales han sido desarrollados por la Ley rectora del Tribunal¹, en términos sobradamente conocidos:

- Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 38.1 LOTC).
- Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia (art. 39.1 LOTC).
- Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar «procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada» en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad (art. 40.1 LOTC).

En uno de sus lúcidos ensayos², el profesor Jiménez Campo expuso que la realidad no es tan simple como dispone la normativa que acabamos de evocar, muy ceñida a la

¹ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, versión 2015 (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23709>). Sigue resultando imprescindible Requejo Pagés, Juan Luis (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado (2001).

² Javier Jiménez Campo, «Qué hacer con la ley inconstitucional», en VV.AA: *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley. Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* 1997, pp. 15-79.

teoría kelseniana de la jurisdicción constitucional. La regla general sigue siendo que la inconstitucionalidad de una ley conlleva su nulidad: es decir, «su expulsión del ordenamiento jurídico de una vez por todas y para siempre»³. Pero, una vez despejada la ilusión del legislador negativo y la de la remoción del pasado, se aprecia la existencia de leyes declaradas inconstitucionales sin nulidad; de leyes con nulidad diferida, así como de leyes sometidas a las múltiples variantes de sentencias interpretativas; además del caso de las leyes perpetuas, porque el legislador ya no puede derogarlas, una vez que todas las Comunidades Autónomas han asumido competencia exclusiva sobre la respectiva materia.

El mismo año que el ensayo de Jiménez Campo vio la luz, la jurisprudencia creó otro tipo de leyes: leyes declaradas inconstitucionales y nulas por el Tribunal Constitucional que, sin embargo, perviven y siguen produciendo efectos en procesos resueltos después de que la declaración de nulidad haya sido publicada en el Boletín Oficial del Estado.

Este curioso fenómeno de ultraactividad de leyes anuladas *erga omnes* y que, a pesar de ello, siguen siendo aplicadas por sentencia (una especie de leyes zombies, que siguen andando y actuando tras haber muerto)⁴, se produce en el ámbito más inesperado: en procesos constitucionales. En efecto, es el Tribunal Constitucional quien aplica leyes que él mismo ha declarado nulas; y lo hace en casos individuales, en recursos de amparo presentados por ciudadanos para vindicar sus derechos fundamentales.

Vamos a examinar este fenómeno tan peculiar (*infra*, 2), antes de analizar sus fundamentos (*infra*, 3) y su crítica (*infra*, 4).

II. Las leyes nulas que son aplicadas por el Tribunal Constitucional

Son varios los supuestos en los que la jurisdicción constitucional ha dado aplicación a leyes inconstitucionales. Vamos a repasarlos en el orden cronológico inverso, que es el más adecuado para el análisis de la jurisprudencia:

A) Los salarios de tramitación.

Una figura esencial en el Derecho español: consiste en que, si los tribunales declaran improcedente un despido, el empresario debe abonar al trabajador afectado la suma de los salarios dejados de percibir durante la sustanciación del proceso⁵.

³ Con cita de la STC Pleno 166/1994, de 26 de mayo, FJ 2 (Jiménez Campo, 1997, 35). En idénticos términos, SSTC Pleno 259/2007, de 19 de diciembre, FJ 2, y Sala I 119/2012, de 4 de junio, FJ 6.

⁴ El voto particular de Jiménez de Parga a la sentencia *Vidacar* (STC Pleno 159/1997, de 2 de octubre) afirmó que una norma expulsada del ordenamiento jurídico por el Pleno de este Tribunal Constitucional no es más que «un muerto jurídico»: «¿O es que, acaso, [...] cual nuevo Cid, va a ganar batallas después de muerto?» (VP II.4).

⁵ Concretamente, desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia del despido: art. 56 LET (Ley del estatuto de los trabajadores), tanto en el texto refundido del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que era el vigente cuando se dictaron las sentencias

Los salarios de tramitación fueron suprimidos por el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo (cuyo art. 3.2 modificó el art. 56 LET)⁶. El Tribunal Constitucional terminaría declarando inconstitucional y nula la disposición gubernativa, al estimar sendos recursos de inconstitucionalidad presentados contra dicho Real Decreto-ley, en la sentencia *salarios de tramitación* (STC Pleno 68/2007, de 28 de marzo, BOE 26-04-2007). La razón fue que no existía la situación de extraordinaria y urgente necesidad que exige la Constitución (art. 86.1 CE), por lo que el Gobierno no estaba habilitado para dictar decretos con fuerza de ley ni, por ende, para modificar la Ley del estatuto de los trabajadores.

Mientras tanto, numerosos trabajadores, cuyos despidos habían sido declarados improcedentes pero que no pudieron percibir los correspondientes salarios de tramitación, en cumplimiento del precepto redactado por el decreto-ley, habían alegado la inconstitucionalidad de la reforma introducida por el Gobierno para reclamar su abono. La denegación de sus pretensiones, por parte de distintos tribunales de lo social, dio lugar a la admisión de varios recursos de amparo, que fueron fallados después de la declaración de nulidad del decreto-ley. Sorprendentemente, el Tribunal Constitucional desestimó los recursos, confirmando la validez de las sentencias judiciales que habían aplicado la norma inconstitucional.

La sentencia de la Sala I *Consuelo Muñoz Serrano contra Ayuntamiento de Tres Cantos* (STC 84/2008, de 21 de julio) sentó el criterio, seguido luego por otras⁷. Los tribunales habían declarado improcedente el despido, lo que obligaba al empleador a la readmisión de la trabajadora o al pago de una indemnización; pero no al abono de los salarios de tramitación, que comprendían desde julio hasta diciembre de 2002. Tanto el juzgado como la sala de lo social, en sus sentencias de 18 de diciembre de 2002 y de 21 de abril de 2003, habían juzgado erradamente que el decreto-ley que los había suprimido era conforme con la Constitución, por lo que se habían negado a plantear la cuestión de inconstitucionalidad solicitada por la parte. Posteriormente, la STC 68/2007, de 28 de marzo, mostró que su juicio era equivocado: el decreto del Gobierno era, efectivamente, inconstitucional y nulo, tal y como habían alegado los abogados de la trabajadora.

La sentencia que resolvió el amparo, STC 84/2008, de 21 de julio, confirmó la validez de las sentencias judiciales e hizo caso omiso de la sentencia que el Pleno del Tribunal Constitucional había pronunciado más de un año antes, dando la razón a la trabajadora perjudicada por el decreto-ley. La sentencia 68/2007, como vimos, había declarado la nulidad de la norma y surtía plenos efectos *erga omnes* desde el 26 de abril de 2007, fecha en la que había sido publicada oficialmente en el Boletín Oficial del

comentadas; como en el texto refundido vigente, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

⁶ La institución de los salarios de tramitación fue restablecida por la ley de conversión, aprobada por las Cortes tras convalidar el decreto-ley (Ley 45/2002, de 12 de diciembre). Véase Ángel Blasco Pellicer, *La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación*, Tirant lo Blanch, 2003; Amparo Esteve Segarra, *Los salarios de tramitación*, Aranzadi, 2009.

⁷ STC Sala II 122/2008, de 20 de octubre, *Emiliano Ramírez Delgado c. Ábaco Empleo ETT*; STC Sección 1.ª 142/2008, de 31 de octubre, *Olga López Muñoz c. Ayuntamiento de Tres Cantos*.

Estado. A pesar de ello, la sentencia *Consuelo Muñoz Serrano* (STC 84/2008) afirmó que no era posible «extender [...] los efectos de la inconstitucionalidad ya declarada» por la STC 68/2007 al recurso de amparo (FJ 4). Seguidamente, dedicó unos largos y detallados razonamientos a examinar si el Real Decreto-ley, anulado en 2007, vulneraba en el año 2008 los derechos fundamentales a la igualdad ante la ley y a la tutela judicial efectiva (arts. 14 y 24.1 CE), concluyendo que no (FFJJ 5-8). Por lo que denegó el amparo solicitado.

Como puede verse, la sentencia *Consuelo Muñoz Serrano contra Ayuntamiento de Tres Cantos* (STC 84/2008, de 21 de julio) confirmó en 2008 la validez constitucional de unas sentencias que, fundándose en el Real Decreto-ley 5/2002, habían denegado el derecho a salarios de tramitación. La norma declarada inconstitucional y nula en el Boletín Oficial del Estado de 26 de abril de 2007 fue, luego, aplicada por el Tribunal Constitucional: en la STC 84/2008, que acabamos de ver; y en las sentencias 122/2008, de 20 de octubre, y 142/2008, de 31 de octubre, que fallaron en el mismo sentido.

B) La valoración tributaria de bienes no arrendados.

El impuesto sobre la renta de las personas físicas, regido en su momento por la Ley 18/1991, de 6 de junio, obliga a tributar por los inmuebles no arrendados que son titularidad del contribuyente: el artículo 34 b) de la ley presume un rendimiento económico, fijado entonces en el 2 por 100 del valor del inmueble, sometido a gravamen. Un tribunal cuestionó la norma que permitía cifrar dicho valor de tres maneras diferentes⁸. Y la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional *valoración de la renta imputada* (STC 295/2006, de 11 de octubre, BOE 15-11-2006) declaró el precepto inconstitucional y nulo. La sentencia razonó que, aunque la titularidad de bienes inmuebles no arrendados exterioriza la existencia de una renta potencial, lo que permite someterla a imposición como renta de las personas físicas, es evidente que la renta imputada necesariamente debe ser la misma ante bienes inmuebles idénticos (misma superficie, situación, valor catastral y valor de mercado). Carecía de una justificación razonable que la ley permitiese utilizar criterios diferentes para cuantificar los rendimientos que manifiestan una capacidad económica igual; capacidad económica que no se ve modificada por la circunstancia de que se haya o no producido un acto dispositivo por parte del titular, o unas actuaciones administrativas dirigidas a su valoración. Por lo que el precepto legal vulneraba el principio de igualdad tributaria previsto en el art. 31.1 CE.

Precisamente, un contribuyente se había visto perjudicado por la aplicación de la norma declarada inconstitucional en 2006: había presentado declaraciones por el impuesto de la renta varios años, calculando el rendimiento de su vivienda habitual a

⁸ La ley del impuesto [párrafo primero del apartado b) del art. 34 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, en su redacción originaria] se remitía en este punto a la Ley 19/1991, de 6 de junio, reguladora del impuesto sobre el patrimonio, cuyo art. 10 establecía las siguientes reglas de valoración de los bienes inmuebles: «Uno. Por el mayor valor de los tres siguientes: el valor catastral, el comprobado por la Administración a efectos de otros tributos o el precio, contraprestación o valor de la adquisición».

partir de su valor catastral. Sin embargo, la Administración tributaria había girado unas liquidaciones sustancialmente superiores, al hacer los cálculos sobre el valor de adquisición de la casa. En las vías de recurso, el contribuyente alegó la inconstitucionalidad de la ley, infructuosamente: por lo que promovió sendos recursos de amparo, donde la cuestión central gravitaba exactamente sobre la aplicación del precepto declarado nulo.

Sin embargo, la sentencia *Luis Álvarez López contra Agencia tributaria de Chamartín* (STC Sala II 91/2007, de 7 de mayo) desestimó los amparos acumulados, confirmando las liquidaciones administrativas y las sentencias que habían aplicado el artículo 34 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, en su redacción originaria⁹. Que el precepto hubiera sido declarado inconstitucional y nulo medio año antes, por la STC 295/2006, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 15 de noviembre de 2006, fue considerado irrelevante. El Tribunal Constitucional se limitó a constatar que la nulidad provenía de la contradicción de la ley con el principio de igualdad tributaria (art. 31.1 CE), que no debe ser confundido con el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE); aquél, a diferencia de éste, no es susceptible de amparo constitucional. Por lo que no era posible «trasladar a la sentencia de amparo los efectos de aquella declaración de inconstitucionalidad y nulidad» (STC 91/2007, FJ 4).

De nuevo, una ley nula producía efectos: el Tribunal Constitucional confirmó la validez de los actos administrativos y las sentencias judiciales que habían aplicado el precepto que vulneraba la Constitución, a pesar de haber sido declarado inconstitucional y nulo varios meses antes.

C) El gravamen complementario sobre las tragaperras.

En el origen de esta línea jurisprudencial, que permite la pervivencia de leyes declaradas nulas pero que surten efectos, milagrosamente, en procesos constitucionales de amparo posteriores, se encuentra este caso: el que atañe al gravamen fiscal sobre las máquinas recreativas de tipo «B» o recreativas con premio, que incluyen a las llamadas «tragaperras»: aquéllas que, a cambio del precio de la jugada, conceden al usuario un tiempo de uso o de juego y, eventualmente, un premio en metálico. Ante la proliferación de esas máquinas de envite, especialmente en los bares, el legislador incrementó sustancialmente su fiscalidad. Lo hizo mediante sucesivas reformas legales¹⁰, culminadas por el Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre, que estableció la cuota anual, para el año 1990, por cada máquina o aparato del «tipo B» recreativas con premio en 141.750 pesetas (unos 751 euros). Poco tiempo después, la Ley 5/1990, de 29 de junio, de medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, que entró en vigor

⁹ Como es sólito en la legislación tributaria, el precepto había sido modificado ulteriormente: véase la STC 295/2006, de 11 de octubre, FJ 4.

¹⁰ Detalladas en la STC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 5 A). En resumen: a partir del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, el Real Decreto-ley 9/1980, de 26 de septiembre (6.000 pesetas), el Real Decreto-ley 8/1982, de 30 de abril (40.000 ptas.) y la Ley 5/1983, de 29 de junio (125.000 pts.); la cuota fue simplemente actualizada por la Ley 37/1988, de 28 de diciembre (135.000 pts.) y por el Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre (141.750 pts.).

el mismo día de su publicación en el BOE (30-06-1990), triplicó la tasa del juego fijada seis meses antes: su artículo 38.2 fijó una cuota por cada máquina de 375.000 pesetas (2.254 euros). Esas nuevas cantidades se debían abonar el año siguiente, 1991, al tratarse de un tributo de devengo anual. Sin embargo, la ley creó un «gravamen complementario» para ese mismo año 1990: este nuevo tributo, de carácter temporal, se devengó el día de la entrada en vigor de la Ley 5/1990; su cuantía se fijó en la diferencia entre la tasa abonada a comienzos de año y la prevista para el año siguiente, es decir una cuantía superior al doble de la ya ingresada; y dispuso que debía satisfacerse en los veinte primeros días naturales del mes de octubre de 1990.

La Ley 5/1990 fue aprobada el 29 de junio y publicada en el BOE de 30 de junio de 1990. Varios tribunales consideraron que la imposición de un tributo anual en esas fechas, que venía a incrementar sustancialmente un tributo ya devengado y pagado a principios de año, vulneraba diversos principios constitucionales de carácter tributario (art. 31 CE) y, además, los principios constitucionales de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). La sentencia *gravamen complementario* (STC Pleno 173/1996, de 31 de octubre, BOE 03-12-1996) les dio la razón y declaró inconstitucional y nulo el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, por haber llevado a cabo, retroactivamente, un aumento de la deuda tributaria no previsible y carente de la suficiente justificación; lo que condujo a estimar que la norma había producido una vulneración del principio de seguridad jurídica, garantizado por el art. 9.3 de la Constitución.

Mientras tanto, cientos de empresas afectadas por el gravamen complementario habían impugnado las liquidaciones tributarias del nuevo tributo alegando que la ley era inconstitucional. Varios tribunales habían coincidido con ese juicio, lo que dio lugar a las cuestiones de inconstitucionalidad que fueron resueltas por la STC 173/1996. Sin embargo, otros tribunales habían considerado erradamente que la ley que creó el gravamen era conforme con la Constitución, por lo que se negaron a suscitar cuestión de inconstitucionalidad y desestimaron los recursos contencioso-administrativos, confirmando la validez de las liquidaciones del gravamen complementario. Contra esas sentencias, las empresas interpusieron numerosos recursos de amparo donde alegaban la inconstitucionalidad de la Ley 5/1990 y, por ende, la invalidez de las liquidaciones tributarias.

La sentencia *Vidacar* (STC Pleno 159/1997, de 2 de octubre) consideró que la anulación de la ley por el Tribunal Constitucional era irrelevante y desestimó la demanda de amparo. A esa primera sentencia se sumaron otras del mismo signo¹¹.

Esta es la sentencia que establece la doctrina de que las leyes, declaradas nulas por vulnerar la Constitución, quedan privadas *erga omnes* de efectos jurídicos, como dispone la misma Constitución, salvo en los recursos de amparo que resuelve posteriormente el mismo Tribunal Constitucional que anuló la ley. Seguidamente examinaremos los fundamentos de esta doctrina. Luego, las razones ofrecidas por los cuatro magistrados

¹¹ SSTC 183/1997, de 28 de octubre; 55/1998, de 16 de marzo; 71/1998, de 30 de marzo; 137/1998, de 29 de junio; 36/1999, de 22 de marzo; 84/1999, de 10 de mayo; 200/1999, de 8 de noviembre; y 111/2001, de 7 de mayo, al menos.

que formularon tres votos particulares criticándola con energía. No obstante, con carácter previo mencionaremos los supuestos en que la nulidad de la ley ha sido determinante de la sentencia de amparo posterior.

D) Los amparos otorgados por aplicar una ley inconstitucional.

Este supuesto, que debería ser la regla, ha quedado limitado a una excepción por la propia doctrina de la sentencia *Vidacar* (STC 159/1997). Ésta tuvo cuidado de subrayar que, si la ley es nula por contradecir uno de los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional (en virtud de los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC), el recurso de amparo debe ser estimado.

Así había ocurrido en el caso de la adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio, establecida por la Ley de 29 de junio de 1911. La sentencia *Cámaras de Comercio I* (STC Pleno 179/1994, de 16 de junio) declaró inconstitucionales y nulas las bases cuarta y quinta de la Ley de 29 de junio de 1911, así como el artículo 1 del Real Decreto-ley de 26 de julio de 1929, en cuanto implicaban la adscripción forzosa a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. Varias sentencias posteriores otorgaron amparo a distintas empresas que habían impugnado diversas liquidaciones del recurso cameral que nutren los presupuestos de tales corporaciones oficiales¹². Las sentencias, de fundamento jurídico único, se limitaron a remitirse al fallo anulatorio de la previa sentencia de Pleno, observando que las empresas recurrentes habían impugnado la adscripción obligatoria antes de que se hubiera publicado oficialmente la sentencia 179/1994. Sólo introduce un matiz la STC 145/1996, que razona en dos fundamentos jurídicos e indica que resultaba indiferente que la empresa se hubiera limitado a impugnar la liquidación del recurso cameral sin haber solicitado formalmente su baja de la corporación.

Nada hay en estas sentencias que prefigure la novedosa doctrina de la sentencia *Vidacar* (STC 159/1997).

Con posterioridad a ella, la sentencia *Proiliberis* (STC Sala II 46/2008, de 10 de marzo) otorgó el amparo a una empresa que no había podido defenderse en un procedimiento tributario¹³: los actos de Hacienda le habían sido notificados a la gestoría administrativa que presentó inicialmente la autoliquidación en su nombre, en vez de comunicárselos directamente a ella en su domicilio social. Los posteriores recursos, tanto en vía económico-administrativa como en la vía judicial, habían sido desestimados por acto consentido y firme.

La sentencia se fundó en que la Administración había actuado de conformidad con un precepto legal que le permitía efectuar notificaciones a quienquiera que hubiera presentado un documento de carácter tributario. Sin embargo, la sentencia *presentador del documento* (STC Pleno 113/2006, de 5 de abril, BOE 09-05-2006) había declarado

¹² SSTC Sala II 223/1994, de 18 de julio; 224/1994, de 18 de julio; 225/1994, de 18 de julio; 226/1994, de 18 de julio; 145/1996, de 16 de septiembre; y Sala I 152/1995, de 24 de octubre.

¹³ Una comprobación de valores tributarios, respecto a una declaración por el impuesto sobre actos jurídicos documentados por una escritura de compraventa de un solar edificable en 1995: véase STC 46/1998, de 10 de marzo, antecedentes de hecho (ah) 2.

inconstitucional y nula esa norma¹⁴. La sentencia *Proiliberis* (STC 46/2008) no dudó en remitirse a lo razonado en la sentencia de Pleno «para resolver el recurso de amparo que ahora pende ante nosotros, en el que, aunque el Abogado del Estado sostenga lo contrario, se plantea de manera evidente un supuesto de aplicación del citado art. 56.3» que había sido declarado nulo. Sin embargo, ante las alegaciones de la abogada de la Junta de Andalucía, razonó que la doctrina de la sentencia *Vidacar* (STC 159/1997) no obligaba a actuar como si la ley aplicada fuera válida. Pues había sido anulada por vulnerar el derecho a la tutela judicial sin indefensión (art. 24.1 CE), que es un derecho susceptible de amparo (STC 46/2008, FJ 2).

A la vista de esta situación, nada tiene de extraño que el Tribunal Constitucional tenga cuidado de declarar la nulidad de las leyes por la vulneración de derechos fundamentales susceptibles de amparo. Un buen ejemplo lo ofrece la importante, y discutible, sentencia *valoración de daños personales mediante baremo* (STC Pleno 181/2000, de 29 de junio). La sentencia *baremo* juzgó constitucional el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, que había sido creado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre¹⁵. Sólo declaró inconstitucional y nulo un punto de la reforma, un punto menor, aunque en modo alguno insignificante: la fórmula arbitrada por el legislador para determinar la indemnización por incapacidad temporal, y en especial la cuantificación de los perjuicios económicos vinculados a aquélla, contenida en el apartado B) de la tabla V de la ley. La sentencia consideró que la indemnización prevista por el baremo legal para compensar los perjuicios económicos derivados de las lesiones temporales, no sólo entremezclaba conceptos indemnizatorios heterogéneos y susceptibles de un tratamiento diferenciado; sino que, por una parte, al considerarlo un simple factor de corrección de la indemnización básica,

¹⁴ El apartado 2 del art. 59 del Real Decreto Legislativo 3050/1980, en la redacción dada por la Ley 29/1991, de 16 de diciembre. De hecho, dado el ritmo de la legislación tributaria, el Tribunal extendió su pronunciamiento también a «el apartado 3 del art. 56 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en su redacción originaria, así como el apartado 4 del art. 56 del mismo Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, en la redacción dada por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre» (STC 113/2006, fallo).

¹⁵ La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados (disposición adicional octava), modificó la Ley de uso y circulación de vehículos de motor, texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo: modificó su nombre, pasando a denominarla Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; y, entre otras modificaciones, dio una nueva redacción a su título I, sobre ordenación civil (arts. 1 al 8, inclusive), y añadió a su texto, mediante un anexo, el llamado «Sistema para la *valoración* de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación». Este anexo establece unos baremos para la cuantificación de las indemnizaciones, compuesto por once criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización (apartado primero), una explicación sobre la aplicación del sistema (apartado segundo) y, finalmente, seis tablas de *valoración* que cabe diversificar en aquéllas que fijan la «indemnización básica», bien por muerte o bien por lesiones permanentes incluidos los daños morales (Tablas I y III), las que señalan los factores de corrección (Tablas II, IV y V, esta última esencialmente en su apartado B), y la tabla VI que comprende las clasificaciones y *valoración* de secuelas. Véase José Luis Fernández Sánchez, *La influencia de los grupos de interés en el proceso legislativo socioeconómico: el caso del sector asegurador* (2012); VV.AA., *Responsabilidad civil y valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*, Atelier (2021).

impedía injustificadamente su individualización; mientras que, de otro lado, se obligaba infundadamente a la víctima del hecho circulatorio a soportar una parte sustancial de los pérdidas económicas derivadas del daño personal padecido, con el ilógico resultado de convertir a la culpa en un título de imputación que, paradójicamente, siempre operaba en perjuicio de los legítimos derechos de la víctima. Por todo ello, «sólo cabe concluir que el apartado B) de la tabla V del anexo, en la concreta configuración legal de los “perjuicios económicos” allí contenida, establece un límite irrazonable y carente de toda justificación al derecho de resarcimiento de la víctima, con un resultado arbitrario y, por lo tanto, contrario al art. 9.3 de la Constitución» (STC 181/2000, FJ 17).

Sin embargo, la sentencia *valoración de daños personales mediante baremo* (STC 181/2000) tuvo mucho cuidado de no detener ahí su análisis. El mismo conjunto de preceptos fue declarado inconstitucional, también, por vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (STC 181/2000, FJ 20). Sólo esa cautela permitió al Tribunal otorgar luego amparo a las personas que habían recurrido las ridículas indemnizaciones que los tribunales se habían visto obligados a otorgar, en supuestos de incapacidad temporal causados por accidentes de circulación, en aplicación de la tabla V del baremo legal declarada nula por la sentencia 181/2000. Así lo muestran las sentencias 242/2000, de 16 de octubre; 21/2001, de 29 de enero; 49/2002, de 25 de febrero; 102/2002, de 6 de mayo; 134/2003, de 30 de junio, entre otras. Todas ellas pudieron otorgar el amparo frente a sentencias que habían aplicado la norma declarada nula por el Pleno en la sentencia *baremo* (STC 181/2000). Pero porque el Pleno había tenido cuidado de declarar la inconstitucionalidad, no «solamente» por ser una ley arbitraria sino, además, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva y, por ende, susceptible de amparo constitucional.

Esta técnica de «matar dos veces» un precepto legal, incluyendo el contraste con un derecho susceptible de amparo, explica probablemente que la doctrina de la sentencia *Vidacar* (STC 159/1997) haya tenido un alcance limitado en la práctica. Sería interesante indagar sobre este punto. Lo relevante ahora, sin embargo, consiste en analizar las razones que sustentan la teoría de que las leyes nulas pueden seguir siendo aplicadas en sede de amparo constitucional, así como su crítica.

III. Las razones de la sinrazón

La sentencia *Vidacar* (STC Pleno 159/1997, de 2 de octubre) analizó, en primer lugar, si las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas, que habían obligado a pagar el gravamen complementario del juego creado por el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, vulneraban los derechos fundamentales invocados por la demanda de amparo; en un momento posterior, entró a considerar si la nulidad de la ley aplicada por los poderes públicos era relevante para el caso (STC 159/1997, FJ 2).

Los derechos fundamentales a cuya luz enjuició el proceso eran los concernientes a la igualdad ante la ley y a la tutela judicial efectiva (arts. 14 y 24.1 CE). De forma tajante, la sentencia negó que pudiera entrar a conocer de «los principios, también invocados por la entidad recurrente, de los arts. 9.3 y 31.1 CE, dado que éstos no están

protegidos en la vía de amparo». Esta idea resulta crucial, porque la sentencia sostuvo que el gravamen complementario del juego sobre las máquinas tragaperras no vulneraba la igualdad ante la ley (art. 14 CE) porque la diferencia tributaria no atañe a ninguna de «las circunstancias personales o sociales a que se refiere el art. 14 CE»; sino que consiste en «una desigualdad fundada en elementos objetivos, que es la contemplada por el art. 31.1 CE», que establece la igualdad tributaria en el contexto de los principios constitucionales que rigen un sistema tributario justo. Y, por tanto, la sentencia llega a la conclusión de que «nos encontramos ante una eventual desigualdad no susceptible de ser corregida por el cauce del presente proceso de amparo, aunque pueda serlo, en su caso, por el de otros procesos constitucionales, como el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad» (STC 159/1997, FFJJ 3 y 4).

En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), la sentencia *Vidacar* (STC 159/1997) se limitó a razonar tres puntos: a) suscitar una cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial; el mero hecho de no plantearla y de aplicar la ley que, en contra de la opinión del justiciable, estima que no es inconstitucional, no lesiona, en principio, derecho fundamental alguno de éste; b) que otros tribunales hayan llegado a un juicio distinto, y hayan planteado cuestiones de inconstitucionalidad, es irrelevante; c) tampoco cabe apreciar en el caso indefensión pues, tras exponer la demandante ante la sala, en los momentos procesales hábiles para ello, cuanto ha estimado de interés y conveniente a su derecho para suscitar en la misma dudas acerca de la inconstitucionalidad del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, dicho órgano jurisdiccional, tras un examen y análisis razonado de esas alegaciones, e incluso de la prueba y antecedentes aportados por la propia recurrente, en el ejercicio de su jurisdicción, ha rechazado las dudas de constitucionalidad (STC 159/1997, FJ 5).

«El segundo paso en nuestro enjuiciamiento consiste en determinar cuál es el efecto de la reciente STC 173/1996, del Pleno de este Tribunal, dictada cuando la resolución del presente recurso de amparo aún se hallaba pendiente. Pues como antes hemos visto, la recurrente alegó, con carácter previo a este proceso, al igual que ha sostenido en la demanda de amparo, la inconstitucionalidad del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990. Cuando es precisamente este precepto legal el que ha sido declarado inconstitucional y nulo en dicha sentencia, dictada con posterioridad a la interposición por la entidad recurrente del presente recurso de amparo» (STC 159/1997, FJ 6). La sentencia *Vidacar* (STC Pleno 159/1997, de 2 de octubre) negó que la nulidad de la ley fuera relevante para resolver el recurso de amparo. Para sustentar esta sorprendente doctrina, se apoyó en varios órdenes de razones:

a) Resulta necesario «respetar las normas que determinan la jurisdicción de este Tribunal en los distintos procesos constitucionales y perfilan así su autonomía respectiva, a saber: que si el problema de constitucionalidad ha sido resuelto previamente en el ámbito de un proceso de inconstitucionalidad y, por haberse estimado que vulneraba un determinado precepto de la Constitución, se ha declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de un concreto precepto legal, caso de estar excluido el primero del ámbito del proceso de amparo no cabe extender, sin más, los efectos de la sentencia declarando la nulidad del segundo a este proceso. Pues al margen de otros resultados negativos previsibles, ello supondría, en última instancia, un evidente exceso en el

ejercicio de la jurisdicción de este Tribunal por el cauce del proceso de amparo» (STC 159/1997, FJ 6).

Se apoya, para ello, en las «profundas diferencias existentes entre el juicio de inconstitucionalidad de una ley por vía del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad y el destinado, estrictamente, a la preservación y restablecimiento de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional», claramente previstas en las normas reguladoras de ambos tipos de proceso constitucional (STC 159/1997, FJ 7.A).

b) De otra parte, «resulta evidente que la declaración de inconstitucionalidad que se contiene en la citada STC 173/1996 no permite revisar un proceso fenecido mediante sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada en el que, como sucede en el presente caso, antes de dictarse aquella decisión se ha aplicado una ley luego declarada inconstitucional. Pues no estando en juego la reducción de una pena o de una sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad, que son los supuestos exclusivamente exceptuados por el art. 40.1 LOTC, la posterior declaración de inconstitucionalidad del precepto no puede tener consecuencia sobre los procesos terminados mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada» (STC 159/1997, FJ 7.B).

c) Finalmente, se distingue el caso resuelto por la sentencia *Arsenio Ureta Diezma* (STC 23/1988, de 22 de febrero). Entonces, el Tribunal Constitucional había declarado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) porque el órgano judicial estimó que la ley que tenía que aplicar en un proceso era inconstitucional y, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, resolvió el litigio dejando inaplicada la ley. «Pues no se trata aquí —a diferencia de lo resuelto por la STC 23/1988— de que el órgano judicial no se haya atenido al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 CC), ni que, desconociendo la ordenación constitucional y legal del control de normas y, más concretamente, la relativa a la cuestión de inconstitucionalidad, haya inaplicado un determinado precepto legal, por considerarlo, por sí y ante sí, inconstitucional. Por el contrario, nos hallamos en la tesitura, muy distinta, de que el órgano judicial ha aplicado un precepto legal, integrado entonces en el ordenamiento jurídico, por no abrigar dudas sobre su constitucionalidad y, por ello, ha estimado improcedente el planteamiento de la correspondiente cuestión. Lo que ningún reproche merece, como se ha dicho, por parte de este Tribunal» (STC 159/1997, FJ 7.C).

Estos razonamientos fueron criticados en los tres votos particulares que cuatro magistrados formularon contra la sentencia *Vidacar* (STC 159/1997). Pasamos a examinarlos brevemente.

IV. Las leyes inconstitucionales son nulas y no deben ser aplicadas por el Tribunal Constitucional

Los votos del magistrado García-Mon (VP I), del magistrado Jiménez de Parga (VP II), al que se adhirió Mendizábal, y del magistrado Gimeno (VP III) expresaron una «discrepancia radical» (VP II) con una novedosa doctrina que, con graves quiebros conceptuales, introdujo «una peligrosa excepción a los efectos *erga omne et omnes* de

las sentencias de inconstitucionalidad» (VP III). El magistrado García-Mon se sintió obligado a justificar la extensión de su voto particular, «que se debe a la extraordinaria importancia que tiene, en mi criterio, excluir del recurso de amparo los efectos de los arts. 164.1 CE y 38.1 LOTC que es, realmente, el resultado al que conduce la sentencia de la mayoría. Si el Tribunal admitió el recurso y aplazó su resolución y la de muchos otros pendientes, hasta que se resolviera la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del art. 38.2.2 de la Ley 15/1990, no tiene sentido que una vez declarada su inconstitucionalidad por la STC 173/1996 que resolvió la cuestión pendiente, a la que quedó subordinada la de este y otros recursos de amparo, nos pronunciemos en éstos contradiciendo lo decidido en el proceso de inconstitucionalidad. Es decir, como si durante la tramitación del amparo constitucional no se hubiera declarado inconstitucional y nulo el precepto aplicado por la sentencia impugnada» (VP III.5).

Las razones de los votos particulares se despliegan en varios planos:

A) La nulidad de la ley determinante del proceso.

La ley que estableció el gravamen complementario sobre el juego de 1990 es inconstitucional y, por consiguiente, nula de pleno Derecho: «una nulidad radical y absoluta» (VP III.A), «un muerto jurídico» (VP II.4). La sentencia de la mayoría dedica «más de seis folios a razonar que un artículo inexistente no vulneraba el art. 14 CE, y que el 31.1 CE no es susceptible de amparo. Estoy conforme, el art. 38.2.2 de la Ley 15/1990 no vulnera ningún precepto constitucional, sencillamente porque no existe desde el 3 de diciembre de 1996 y ahí debe terminar cualquier análisis de dicho precepto que se realice con posterioridad a esa fecha, con las consecuencias a ello inherentes que no son otras que las que determina el art. 38.1 de la LOTC» (VP I.4).

B) Los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad.

La nulidad ha sido declarada por el Tribunal Constitucional, en una sentencia que, según la Constitución (art. 164.1) y su Ley Orgánica (art. 38.1), producen efectos generales (*erga omnes*) que vinculan a todos los poderes públicos. Por ende, «todos los poderes públicos, y por tanto también y con mayor razón el Tribunal Constitucional, están vinculados desde el 3 de diciembre de 1996, fecha de su publicación en el BOE, por lo resuelto en la STC 173/1996 y, por consiguiente, esa vinculación nos impide mantener a finales de 1997 que un precepto ya inexistente, continúe siendo el único sustento de la sentencia que revisamos» (VP I.2).

Puesto que las sentencias que declaran la nulidad de una ley vinculan a todos los poderes públicos, «dicha declaración de inconstitucionalidad tiene que vincular también a este Tribunal, el cual no puede permanecer impasible ante una sentencia que, trasladada en amparo, se fundamenta en una norma inconstitucional. Y si producen plenos efectos frente a todos también parece meridianamente claro que lo que no puede este Tribunal es, fuera de los supuestos de retroactividad contenidos en el art. 40.1, establecer excepciones a dicha regla general: la norma, al adolecer de una nulidad de pleno Derecho, no puede, en modo alguno, ser aplicada por ningún órgano jurisdiccional, incluido, por supuesto, este Tribunal» (VP III.A).

C) El proceso judicial previo al amparo no es un proceso fenecido con fuerza de cosa juzgada.

No se trata de dar efectos retroactivos a la sentencia que declaró inconstitucional la Ley 5/1990, por lo que no resulta de aplicación el artículo 40.1 LOTC que es, a la postre, el fundamento de la mayoría. Como expone con especial claridad el magistrado Gimeno, catedrático de Derecho procesal, el proceso judicial previo no se encuentra «fenecido con fuerza de cosa juzgada». La «necesidad del agotamiento de la vía judicial ordinaria, a fin de que los tribunales puedan restablecer el derecho fundamental vulnerado, convierten al amparo en un auténtico medio de impugnación, que, por el carácter tasado de sus motivos y por su limitada cognición al restablecimiento de los derechos fundamentales, permite ser encuadrado en los recursos extraordinarios». «Si el amparo judicial es, tal y como lo denominó el constituyente y lo configura la LOTC, un auténtico recurso (denominación, que, hasta esta fecha, no sabemos que se haya reputado inconstitucional), la sentencia, que nos ha sido trasladada a través de él, no puede ser conceptuada como “firme” a la luz del propio art. 245.3 LOPJ (“son sentencias firmes aquellas contra las que no quepa recurso alguno”), ni puede afirmarse que produzca sus efectos materiales de cosa juzgada, como lo demuestra el que este Tribunal pueda, a través de correspondiente pieza separada, suspender sus efectos (arts. 56 y 57 LOTC). —Y si la sentencia del TSJ balear ha sido recurrida en amparo (que, de haber sido estimado, hubiera provocado su nulidad), es también manifiesto que, frente a los autos del recurso contencioso-administrativo de la que dimana, no nos encontramos ante un “proceso fenecido mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada”, razón por la cual los efectos materiales de la cosa juzgada de nuestra sentencia de inconstitucionalidad 137/1996 debían de haber extendido a aquella sentencia sus efectos». Por lo que, «si, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 38 y 40 LOTC, los efectos de tales sentencias (no obstante tratarse, por su naturaleza, de sentencias declarativas de nulidad) son *ex nunc* (por lo que no permiten revisar actos administrativos o sentencias firmes), de dicha regla general hay que exceptuar, en virtud de lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC, estas dos excepciones: los actos sancionadores y los procesos “no fenecidos” o pendientes, como lo es el que ha motivado el presente recurso de amparo»; «que no haya sido así sólo puede entenderse desde una doctrina voluntarista y *ad casum*, de la que en un futuro no muy lejano quizá haya de arrepentirse este propio Tribunal» (VP III.C. En el mismo sentido, VP I.3).

D) La sentencia que aplica una ley inconstitucional no respeta el derecho a la tutela judicial efectiva.

Todos los votos particulares criticaron que la sentencia *Vidacar* (STC Pleno 159/1997, de 2 de octubre) se hubiera dedicado a analizar si la ley aplicada por la Administración tributaria, con el respaldo judicial, vulneraba o no derechos fundamentales: se trataba de una ley nula y, por tanto, no vulneraba nada porque no surtía efectos jurídicos. No obstante, el voto de Jiménez de Parga añadió una crítica adicional: desaprueba la conclusión de que la sentencia contencioso-administrativo no vulneró el artículo 24 de la Constitución:

«5. La falta de tutela judicial efectiva, objeto de consideración en el fundamento jurídico 5.º de la sentencia de la mayoría, tiene difícil presentación. No es fácil justificar la conducta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Baleares (segura de la constitucionalidad de las normas legales que aplicaba e insensible a las peticiones de suscitar la cuestión de inconstitucionalidad) después de haber resuelto nuestro Pleno que era un precepto inconstitucional y nulo. Salvar ahora a este Tribunal presuntamente infalible resulta un poco asombroso»: «la jurisprudencia de nuestro Tribunal, en forma tan reiterada que hace innecesaria la invocación de la larga lista de sentencias, exige que las resoluciones judiciales, y de forma especial las sentencias, se apoyen en fundamentos jurídicos sólidos. ¿Puede encontrarse ese basamento en un precepto nulo, expulsado hace casi un año del ordenamiento jurídico?» (VP II, 5 y 8).

V. La teoría de que las leyes nulas pueden seguir siendo aplicadas en sede de amparo constitucional debilita gravemente la vigencia de la Constitución española

En mi opinión, las razones ofrecidas por los votos particulares a la sentencia *Vidacar* (STC Pleno 159/1997, de 2 de octubre) son fundadas:

A) El recurso de amparo es un proceso constitucional.

Una cosa es que el recurso de amparo tenga perfiles propios, distintos a los que caracterizan a los «procedimientos de declaración de inconstitucionalidad» (título II de la Ley rectora del Tribunal Constitucional) que, a su vez, ofrecen diferencias entre los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad. Otra cosa es caer en el fetichismo de la «estanqueidad» de los procesos constitucionales¹⁶, hasta llegar a aceptar que los distintos procesos no tienen nada que ver unos con otros: todos ellos sirven al fin último de salvaguardar la supremacía de la Constitución, razón de ser de los tribunales constitucionales. Se trata de distintos cauces procesales que, aunque con objetos diferenciados, orientan el ejercicio de la jurisdicción constitucional, única en su orden (art. 1.2 LOTC). Sólo así tiene sentido que el Tribunal Constitucional tramite un conflicto de competencias «en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad» cuando la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una ley, o norma con rango de ley (art. 67 LOTC). Sólo así tiene sentido que, en un recurso de amparo, el Tribunal suscite una cuestión interna de inconstitucionalidad cuando la vulneración de un derecho fundamental provenga de la ley que ha sido aplicada en el caso (art. 55.2 LOTC). Y sólo así tiene sentido que, en cualquier tipo de proceso, el Tribunal Constitucional deba proteger la totalidad de la Constitución, incluso desvinculándose de las alegaciones de las partes y, en su caso, del informe de la fiscalía: pues tiene potestad para «fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso» (art. 39.2 LOTC);

¹⁶ Joaquín Urías, «Separación de procesos y tutela ante el Tribunal Constitucional: comentario a la STC 159/1997», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, 1998, pp. 267-281, 270-271.

y debe «acordar lo procedente» sobre la estimación o desestimación de la pretensión constitucional, aunque deba apoyarse en «otros motivos distintos de los alegados» por las partes, con la única limitación procedimental de abrir trámite previo de alegaciones al respecto (art. 84 LOTC).

Los razonamientos de la sentencia *Vidacar* (STC 159/1997) se fundan, en último término, en una minusvaloración del amparo constitucional: la tutela individual de los derechos fundamentales de los justiciables no es comparable con la excelsa tarea de controlar la constitucionalidad de las leyes, origen del modelo kelseniano clásico de control concentrado de constitucionalidad¹⁷. Lo cual demuestra que la cultura constitucional española sigue anclada, en cierta forma, en la década de 1920; y no ha asimilado aún que la justicia constitucional posterior a 1945, cuando la existencia de Auschwitz y otros campos de exterminio erigidos por la nación más culta de la tierra en aquellos momentos, cambió radicalmente el sentido de las constituciones y de la jurisdicción que defiende su supremacía jurídica¹⁸.

Por todas la razones anteriores, que el Tribunal Constitucional cierre los ojos deliberadamente ante una ley que vulnera la Constitución pervierte la justicia constitucional, pues «corrompe [...] el orden y estado»¹⁹ de esta jurisdicción, que corona el Estado constitucional de Derecho. Incluso un autor experto en la materia, que parece aceptar la idea de procesos constitucionales «estancos» y las consecuencias extremas establecidas por la doctrina de las tragaperras (a partir de la sentencia *Vidacar* STC 159/1997), no puede evitar mostrarse crítico. Reconoce que el resultado de que el ciudadano que ha sufrido una vulneración de sus derechos, en virtud de una ley inconstitucional, vea desestimado su recurso de amparo «impide que esta vía resulte apta para lo que la recurrente, y posiblemente el sentido común, exigían» y «pone en evidencia algunas lagunas en la actividad defensora de la Constitución que ejerce el Tribunal Constitucional»²⁰. Lo que le lleva a sostener, a la postre, que sería necesaria una reforma de la ley rectora del Tribunal para «la introducción de un nuevo sistema residual de recurso, a disposición del ciudadano, para la tutela de todos sus derechos frente a los actos con rango de ley —o la aplicación de éstos— que hubieran afectado de manera actual y efectiva a sus derechos fundamentales y no sean impugnables de otro modo»²¹.

Ese juicio crítico es compartido por todos los comentarios a una sentencia que parece afirmar la «constitucionalidad de una ley inconstitucional»²²; en la que concurren

¹⁷ Ignacio Borrajo Iniesta, «Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes», *Teoría y Derecho*, núm. 3, 2008, pp. 159-203, 161-162. En el mismo sentido crítico, Urías (1998), p. 271.

¹⁸ En este sentido, Ignacio Borrajo Iniesta, «¿Por qué el derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental?», en VV.AA., *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo* (2008), pp. 1305-1325, 1322-1324.

¹⁹ Diccionario de la Real Academia Española (2023, <https://dle.rae.es/perverso?m=form>, consultado 20-03-2024).

²⁰ Urías (1998) pp. 271 y 273, respectivamente.

²¹ Urías (1998) pp. 280-281.

²² María del Carmen Blasco Soto, «La constitucionalidad de la ley inconstitucional: comentario a la STC 159/1997, de 2 de octubre, resolutoria de un recurso de amparo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 328, 1998, pp. 1-5.

«problemas más que vidriosos»²³; pues «es evidente que el resultado práctico a que se llega con estos pronunciamientos supone una quiebra grave de la supremacía constitucional, ya que la desestimación de los amparos supone de hecho confirmar sentencias que aplicaron una ley inconstitucional, consagrando así una solución “injusta” (en el sentido de no ajustada al ordenamiento), cuya “injusticia” consta manifiestamente en el momento de desestimar el amparo; provocando también (o al menos ampliando su alcance) una discriminación injustificada entre unos contribuyentes y otros, según la suerte que en cada tribunal ordinario haya corrido su pretensión de inconstitucionalidad»²⁴. Incluso un autor que defiende la tesis de la sentencia *Vidacar* (STC 159/1997, de 2 de octubre), manifiesta que «nada se puede objetar a la sentencia de la mayoría pues hace una aplicación escrupulosamente correcta de nuestro sistema de justicia constitucional; sin embargo, el resultado final es abiertamente injusto —una norma es aplicada e inaplicada a supuestos coetáneos e idénticos— lo que obedece a que nuestra justicia constitucional, como cualquier otro sistema, tiene limitaciones que cuando, en situaciones puntuales, salen a la luz determinan soluciones escandalosas. —De modo muy resumido, las grietas en este caso son dos: a) un juez ordinario ha podido decidir indirectamente sobre la constitucionalidad de una ley en tanto que ha podido impedir —negándose a plantear cuestión de inconstitucionalidad— que el Tribunal Constitu-

²³ Juan Luis Requejo Pagés, en «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el último cuatrimestre de 1997», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 52, 1998, pp. 149-187, 151.

²⁴ Ramón Falcón y Tella, «Efectos de la declaración de inconstitucionalidad sobre los recursos de amparo pendientes: la peligrosa doctrina sentada por la STC 159/1997, de 2 de octubre, en relación con el gravamen complementario de la tasa sobre el juego», *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 20, 1997, pp. 1-5. Con agudeza, el autor inscribe la doctrina de las tragaperras en un contexto general: «Desgraciadamente, el Tribunal Constitucional, al menos en materia tributaria, parece empeñado en vaciar de contenido la primacía de la Constitución, limitando su papel —en el más puro y criticable formalismo kelseniano— a enjuiciar la constitucionalidad de la ley, pero evitando cuidadosamente que dicho enjuiciamiento pueda tener incidencia efectiva en las situaciones subjetivas:

- La declaración de inconstitucionalidad de una norma tributaria no implica la obligación de devolver a quien cumplió puntualmente sus obligaciones, según el FJ 11 de la STC 45/1989, relativa al régimen de la unidad familiar, ya citada.
- La norma tributaria inconstitucional produce un efecto anuncio que justifica una norma posterior con el mismo contenido y carácter retroactivo (véase editorial del número anterior en relación con la STC 28 octubre 1997, relativa al Decreto-Ley).
- El recurso de inconstitucionalidad pierde su objeto cuando las normas impugnadas han sido derogadas (argumento que permitió a la STC 385/1993, de 23 de diciembre, inadmitir el recurso presentado en 1986 contra normas derogadas por la Ley de Haciendas Locales de 1988); con lo cual, en un ámbito normativo tan cambiante como el tributario, basta con esperar lo suficiente para que la norma impugnada se modifique o derogue y después dictar sentencia de inadmisión, garantizando así que los tribunales ordinarios puedan aplicar impunemente los preceptos inconstitucionales sin ningún remedio efectivo del particular frente a su negativa a plantear cuestión de inconstitucionalidad.
- Y, según la sentencia que ahora comentamos, cuando llega a producirse una declaración de inconstitucionalidad, si no está basada en la infracción de un derecho o libertad fundamental, la misma no extiende sus efectos a los recursos de amparo pendientes, por lo que procede la desestimación de éstos confirmando de hecho las sentencias *a quo* aunque manifiestamente hayan aplicado una norma inconstitucional».

cional la declare inconstitucional, con lo que se pone en jaque el dogma de la justicia constitucional concentrada y se limita en la práctica el efecto garantista de la CE, y b) un precepto legal, en este caso el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, puede ser al mismo tiempo constitucional e inconstitucional y, en consecuencia, mientras para unos particulares es válido y aplicable, para otros es nulo y no rige sus relaciones jurídicas. Estas deficiencias derivan inevitablemente de la doctrina del Tribunal Constitucional según la que “suscitar la cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial”, con lo que mientras se mantenga en toda su extensión, esto es, sin incorporar ningún elemento corrector, seguirán apareciendo, excepcionalmente espero, supuestos anómalos como el que hoy motiva este comentario»²⁵.

Otra solución ante el despropósito de confirmar en sede de amparo sentencias judiciales que han aplicado leyes inconstitucionales consistiría, llanamente, en abandonar la doctrina de que las leyes inconstitucionales siguen surtiendo efectos en los recursos de amparo, aunque hayan sido declaradas nulas. El cambio de la doctrina sentada en las sentencias dictadas en materia de tributación de las tragaperras puede venir desde dos planos diferentes:

- 1) Las leyes nulas no surten efectos y, por ende, no pueden sustentar los actos administrativos o judiciales impugnados en un recurso de amparo;
- 2) El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva incluye, como contenido esencial, que los ciudadanos no deben verse perjudicados en sus derechos e intereses legítimos por leyes que contradicen la Constitución.

B) Las leyes nulas no surten efectos.

Que las leyes que vulneran la Constitución son nulas de pleno Derecho es un axioma que viene impuesto por la Constitución y la ley orgánica rectora del Tribunal Constitucional: sólo aquellas sentencias del Tribunal Constitucional que aprecian factores especiales pueden modular dicha nulidad, hasta llegar en algunos casos excepcionales a la mera declaración de inconstitucionalidad sin nulidad²⁶.

Pero son excepciones que deben ser declaradas expresamente en el fallo de la sentencia constitucional. Si no es así, la nulidad despliega sus efectos. Y «todos los pode-

²⁵ Juan Antonio Hernández Corchete, «Ausencia de efectos de una declaración de inconstitucionalidad en un recurso de amparo pendiente o las limitaciones inherentes a nuestro sistema de justicia constitucional», *Tribunales de Justicia*, núm. 2, 1998, pp. 250-257, 257.

²⁶ Como analiza Jiménez Campo en el estudio citado en nota 2. Asimismo, Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (1983, 4.ª ed. 2006) en especial p. 151; Ángel Gómez Montoro, «Comentario a los artículos 38, 39 y 40», en Juan Luis Requejo Pagés (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (2001) pp. 553-631, en especial pp. 580-585, 591-595; Ignacio de la Cueva Aleu, «De la sentencia en procedimientos de inconstitucionalidad y de sus efectos», en Juan José González Rivas (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (2020) 435-484, en especial 450-455; VV.AA., *¿Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?* (2012); Carles Viver Pi-Sunyer, «Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013, pp. 13-44.

res públicos» deben actuar en consecuencia, especialmente el propio Tribunal de la Constitución.

Poner en cuestión este axioma es poner en cuestión la misma jurisdicción constitucional concentrada, razón de ser de los tribunales constitucionales.

La doctrina nacida en los casos de las tragaperras, consciente de la gravedad de la grieta que introducía en los principios esenciales de la jurisdicción de control de las leyes, se aferró a una excepción prevista por la ley orgánica del Tribunal: la interdicción de reabrir procesos fenecidos con fuerza de cosa juzgada. Pero, para poder acogerse a esta previsión legal, llevó a cabo una manipulación de los conceptos procesales: se apoyó para hacerlo en el adverbio «evidentemente», signo habitual de un salto en el razonamiento²⁷. Pues la excepción legal se refiere a los procesos judiciales distintos al que ha dado lugar al proceso constitucional de amparo²⁸. La interposición y posterior admisión a trámite de un recurso de amparo impide que el respectivo proceso judicial fenezca con fuerza de cosa juzgada: la resolución judicial impugnada queda sometida a lo que resuelva la futura sentencia constitucional.

Precisamente por ello, entre otros aspectos, la ley se preocupa de decir que los recursos de amparo carecen de efecto suspensivo: la sentencia judicial *sub judice* puede ser ejecutada, salvo que el tribunal de amparo acuerde medidas cautelares; y siempre de modo provisional, pues la ejecución queda sometida a la condición de que, finalmente, la sentencia de amparo no sea estimatoria, con los efectos consiguientes en función del contenido concreto del fallo constitucional²⁹.

Todo esto son ideas elementales, que rigen la relación entre las jurisdicciones judicial y constitucional en el cauce del amparo. Y son ideas que han sido ignoradas por la doctrina *Vidacar* (STC 159/1997, de 2 de octubre), como pusieron de manifiesto los votos particulares y, con especial rigor, el del magistrado Gimeno Sendra (VP III). Por ende, la tesis de que las leyes declaradas nulas por el Tribunal Constitucional pueden seguir surtiendo efectos en recurso de amparo posteriores es profundamente errónea y debería ser corregida, *ex art.* 13 LOTC.

Resulta especialmente llamativa la especiosa distinción entre leyes que vulneran derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional (supuestos en los que la nulidad de la ley surtiría efecto en el recurso de amparo) y leyes que vulneran otros preceptos de la Constitución: supuestos en los que la doctrina de las tragaperras impediría tomar en cuenta, para resolver el amparo, que la ley aplicada en el proceso judicial previo ha sido declarada inconstitucional y nula. Este argumento de la sentencia *Vidacar* (STC 159/1997) no sólo ignora que toda la Constitución debe ser respetada, degradando el valor de la gran mayoría de los preceptos. Sino que se basa en una premisa falsa: confunde el recurso de amparo con el recurso de inconstitucionalidad. El

²⁷ Sería interesante estudiar el uso que la jurisprudencia constitucional efectúa del adverbio «evidentemente»: sin duda, ofrecería una geografía de las doctrinas más polémicas del máximo intérprete de la Constitución.

²⁸ Véase Gómez Montoro (2001) y De la Cueva Aleu (2020), *op. cit.*, n. 26.

²⁹ Véase Carmen Chinchilla Marín, «Comentarios a los artículos 56, 57 y 58» (2001), *op. cit.*, n. 1, pp. 877-931, en especial p. 879; Andrés Gutiérrez Gil, «Artículo 56» (2020), *op. cit.*, n. 26, pp. 636-656, 637-638.

objeto del amparo no es la ley, sino el acto que ha aplicado la ley. Por ende, lo que debe resolver el Tribunal del amparo no es si la ley es constitucional, sino si los concretos actos impugnados son, o no, constitucionales. La doctrina de las tragaperras ignora, así, su premisa de que los procesos constitucionales son distintos y no deben ser confundidos.

Esta actitud de resolver amparos como si fueran recursos de inconstitucionalidad, cuando está en cuestión la validez de la ley aplicada en el caso concreto, ha dado lugar a tropezones en otros contextos. Un ejemplo lo ofrece el caso de los matrimonios por el rito gitano³⁰. La segunda sentencia dictada en la materia (sentencia Sala I *María Luisa Muñoz Díaz c. INSS*, STC 69/2007, de 16 de abril) denegó el amparo porque la ley aplicada a la viuda, cuyo matrimonio gitano no fue reconocido por la Seguridad Social, era conforme a la Constitución: la exigencia de inscripción en el Registro civil no conlleva discriminación contraria al art. 14 CE. Por el contrario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió en atención al caso: fuera o no válida la ley aplicada a la señora Muñoz, la conducta de las autoridades (que emitieron en su día la cartilla de la seguridad social y aun de familia numerosa y aceptaron durante largos años las cotizaciones sociales abonadas por su marido, según el rito, en relación con su mujer y su prole) vulneró sus derechos humanos³¹. El contraste entre la sentencia constitucional (de estricto control de normas) y la de Estrasburgo (de examen del caso individual) es ilustrativa. Por desgracia, es un enfoque que se mantiene³².

Esa misma confusión de planos se advierte en el argumento, ofrecido por la sentencia *Vidacar* (STC 159/1997), de que es relevante que la ley aplicada en el caso sometido a proceso constitucional de amparo haya sido anulada por vulnerar derechos fundamentales u otros preceptos constitucionales. Pues lo determinante en el amparo no es la razón por la que la ley haya sido declarada contraria a la Constitución. Lo determinante es que los tribunales, o en su caso la Administración pública, han aplicado una ley inconstitucional (sea por la infracción que sea). No es indiferente anotar que una de las razones por las que el Tribunal aprecia que un recurso de amparo posee especial trascendencia constitucional es «cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general»³³. Que la sentencia u otra resolución impugnada en amparo se funde en una ley inconstitucional es trascendental: que vulnere una u otra disposición de la Constitución, por el

³⁰ Itziar Gómez Fernández, «Muñoz Díaz C. España (STEDH de 8 de diciembre de 2009) y Manzanas Martín C. España (STEDH de 3 de abril de 2012): abrir la puerta al reconocimiento de derechos sociales a través de la cláusula de igualdad», en VV.AA., *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (2013); Björn Arp, «La protección de la minoría romaní: Comentario al asunto Muñoz Díaz c. España, resuelto por el TEDH con sentencia de 8 de diciembre de 2009», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 21, 2010 (§409314).

³¹ STEDH Muñoz Díaz v. Spain, 8 diciembre 2009 (49151/07). Hay traducción española en https://www.mjusticia.gob.es/gl/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292428096934-Sentencia_MU%C3%91OZ_D%C3%8DAZ_c_Espa%C3%B1a.pdf, 2024-04-07.

³² Como muestra la sentencia de la Sala II *Joaquín Cortés Cortés c. INSS* (STC 1/2021, de 25 de enero, con voto particular).

³³ Sentencia *Dolores Vallejo Marchal c. MF* (STC 155/2009, de 25 de junio), FJ 2.6 letra c).

contrario, no lo es, pues toda la Constitución vincula al legislador y al resto de los poderes públicos (art. 9.1 CE).

C) El derecho a la tutela judicial efectiva prohíbe sentencias fundadas en leyes inconstitucionales.

En cualquier caso, incluso si se dejara a un lado el alcance de la nulidad de las leyes declarada por sentencia constitucional, la doctrina de las tragaperras adolece de otro grave defecto: pues no es aceptable sostener, como hace, que los tribunales judiciales pueden aplicar leyes contrarias a la Constitución impunemente.

En efecto, la sentencia *Arsenio Ureta Diezma* (STC 23/1988, de 22 de febrero) dejó claramente sentado que no cualquier sentencia respeta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): sólo cuando los tribunales del Poder judicial juzgan con arreglo al sistema de fuentes establecido dispensan una tutela de los derechos e intereses legítimos de los justiciables acorde con la Constitución. Sistema de fuentes que incluye, en primer lugar, a la Constitución como norma superior del ordenamiento. Recordemos sus propias palabras: «La tutela judicial efectiva, a la que todos tienen derecho, entraña, como presupuesto implícito e inexcusable, la necesidad de que los juzgadores resuelvan *secundum legem* y ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código civil)» (STC 23/1988, FJ 1, párrafo 5).

Este principio ha sido desarrollado en varios planos por la jurisprudencia constitucional, corrigiendo en ocasiones doctrina precedente. Así, por ejemplo:

- 1) Las resoluciones judiciales que se fundan en disposiciones legales derogadas, y por ende dejan sin aplicar la legislación vigente, vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva (sentencias *Manuel Enrique Gómez Rodríguez c. MF*, STC 203/1994, de 11 de julio, FJ 3; *Antonio Aguilar Membrado c. TEAR de Aragón*, STC 99/2000, de 16 de abril, FJ 6; *Iván HS c. María Ángeles FM*, STC 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; que abandonaron la doctrina inicial: sentencia *Narciso Puerta Cervigón c. INSS*, STC 90/1990, de 23 de mayo, FFJJ 4 y 5): «El derecho de *tutela judicial efectiva* exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho, y ese fundamento desaparece cuando con total evidencia se omite la consideración de la norma aplicable, y se decide mediante la aplicación de normas que han perdido su vigencia»³⁴.
- 2) Las sentencias que inaplican una ley vigente también vulneran el art. 24.1 CE: ya sea por considerar que la ley es inconstitucional, pero no suscitan la pertinente cuestión de inconstitucionalidad (precisamente el caso de la sentencia *Ureta Diezma*, STC 23/1988)³⁵; ya sea por considerar que la ley vulnera el

³⁴ Frase de la STC 99/2000, de 10 de abril, FJ 6, reiterada en jurisprudencia posterior, como las sentencias *hijos de J. A. Cruz SL* (STC 290/2006, de 9 de octubre) o *García Quintana SL* (STC 308/2006, de 23 de octubre).

³⁵ Ángela Figueruelo Burrieza, «Tutela judicial efectiva y sistema constitucional de fuentes del Derecho», *Revista del Poder Judicial*, núm. 23, 1991, pp. 115-123; Enrique Alonso García, «El control por el TC del sistema español de fuentes del derecho a través del artículo 24 de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pp. 191-210.

Derecho de la Unión Europea, pero no suscitan la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, cuando dicha cuestión resulta pertinente: así lo acreditan, en especial, las sentencias *Generalidad de Cataluña c. herederos de Martínez Calderón* (STC 58/2004, de 19 de abril) y de Pleno *Gobierno de Canarias c. Club de Natación Metropole* (STC 78/2010, de 20 de octubre, FFJJ 1 *in fine* y 2) y *Administración General del Estado c. Viesgo Infraestructuras Energéticas* (STC 37/2019, de 16 de marzo)³⁶.

- 3) Incluso, vulneran el derecho a la tutela judicial las sentencias que ignoran el principio de primacía del Derecho de la Unión, al dejar sin aplicar las normas aprobadas por la Unión Europea y cuya interpretación viene establecida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en Kirchberg, Luxemburgo (a partir de la sentencia *Iberdrola c. comisión Nacional de la energía – Medgaz*, STC 145/2012, de 2 de julio, y la de Pleno *Epifanio Quirós Tejado c. CAM*, STC 232/2015, de 5 de noviembre)³⁷.
- 4) Finalmente, también vulneran la Constitución las sentencias judiciales que aplican una ley declarada inconstitucional: la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la sentencia que declara que una ley es contraria a cualquier precepto constitucional impide que la ley surta ningún efecto y, por ende, que sea aplicada en ningún litigio o causa desde el día mismo de la publicación de la sentencia constitucional que la anula. Así lo muestran varias sentencias, como la dictada en el asunto *Margarita Jesús Jaráiz Mero* (STC 119/2012, de 4 de junio). La reciente sentencia *Ernesto Gallego Sánchez c. Promontoria Holding 38* (STC 23/2024, de 12 de febrero) vuelve a juzgar que los tribunales no deben aplicar leyes anuladas por vulnerar la Constitución, en una larga serie que se remonta a la nulidad declarada por la STC 15/2020, de 28 de enero³⁸.

Entre todas estas manifestaciones del principio esencial de que los tribunales deben fallar sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), y por consiguiente de acuerdo con lo establecido por la Constitución y las leyes vigentes, la doctrina de las tragaperras (sentencia *Vidacar*, STC 159/1997, de 2 de octubre) chirría con estridencia: pues, de acuerdo con esta tesis, los tribunales pueden aplicar leyes inconstitucionales impunemente, en la vía previa al amparo; y el propio Tribunal Constitucional no puede hacer

³⁶ Xabier Arzo Santisteban, *La garantía constitucional del deber de reenvío prejudicial* (2020).

³⁷ Germán Fernández Farreres, «Inaplicación judicial de la ley por razón de la primacía del Derecho de la Unión Europea y derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, 2016, pp. 25-44. En general, VV.AA., *Constitución española y Constitución europea* (2005); Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, «El Tribunal Constitucional español y el diálogo judicial europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 77, 2021, pp. 9-34.

³⁸ Entre otras, SSTC 17/2020, de 10 de febrero; 33/2020, de 24 de febrero; 162/2020, de 16 de noviembre; 163/2020, de 16 de noviembre; 23/2021, de 15 de febrero, y 54/2021, de 15 de marzo. La existencia de esta serie, y de otras similares, denotan la incuria del legislador y los déficits de atención de muchos tribunales de justicia, abandonados a su suerte ante la avalancha de litigios sin medios de estudio, ni de otro tipo.

nada al respecto, salvo que se dé la feliz circunstancia de que la ley aplicada vulnere algunos de los derechos fundamentales susceptibles de amparo. El resto de la Constitución sería papel mojado.

En conclusión, se somete a la consideración del lector la tesis de que la jurisprudencia debería corregir la doctrina de que el Tribunal Constitucional puede confirmar en vía de amparo la aplicación de leyes inconstitucionales: tanto por razones sustantivas y procesales como, en su caso, dando pleno vigor al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

AMPARO DIRECTO FRENTE A DECRETOS-LEYES SINGULARES. UNA TESIS

IGNACIO DíEZ-PICAZO
Catedrático de Derecho Procesal

I. Planteamiento

En este trabajo se va a sostener la siguiente tesis: es admisible presentar un recurso de amparo directo frente a un decreto-ley singular. Advierto que la tesis fue formulada en un caso real ante el Tribunal Constitucional. No haré mención del caso porque no resulta relevante a los efectos de formular la tesis. Desvelaré únicamente que el recurso de amparo fue inadmitido por providencia. Se preguntará el lector qué sentido tiene entonces el trabajo. Hay dos razones para reelaborar como artículo lo que se intentó como recurso de amparo. La primera es que los argumentos utilizados me siguen pareciendo de peso. La segunda —y muy relevante— es que la inadmisión no se produjo porque el Tribunal Constitucional considerara que no es posible un amparo directo frente a un decreto-ley singular, sino porque no se apreciaba que el decreto-ley en cuestión tuviera carácter singular; lo que, rectamente entendido, no cierra la puerta a casos futuros. Además, no creo que se pueda negar que se trata de una cuestión jurídico-constitucional de gran calado, esto es, que se trata de una cuestión muy relevante y con enjundia del Derecho procesal constitucional español.

El planteamiento del supuesto que debe tener en mente el lector es el siguiente: el Gobierno de España o cualquier ejecutivo autonómico con potestad para ello dicta un decreto-ley singular. El afectado plantea directamente un recurso de amparo frente al decreto-ley. Se trata de un recurso de amparo directo. No se ha solicitado antes de acudir en amparo el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad a un tribunal ordinario. El planteamiento de ese recurso de amparo es bien sencillo: el decreto-ley en cuestión es una norma con rango de ley singular (autoaplicativa y/o de destinatario único y/o de caso único). Es inconstitucional porque vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente. A juicio del afectado, el decreto-ley blindó la decisión del Ejecutivo y eleva el *rango* de la decisión. Al adoptarse con fuerza de ley lo que normalmente no sería sino un acto administrativo, se impide al afectado desplegar con plenitud sus pretensiones de tutela judicial.

Si la persona afectada por el decreto-ley singular siguiera el camino consistente en instar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte de un tribunal ordinario, no conseguiría tutela judicial tempestiva ni podría conseguir plenamente tutela cautelar frente a las decisiones adoptadas con fuerza de ley. La tutela llegaría tarde. Así de simple. No puede calificarse de efectiva una tutela judicial que por defi-

nición solo puede ser tardía. El artículo 43 LOTC puede y debe ser interpretado en el sentido de que cabe recurrir en amparo todo tipo de *disposiciones* de los poderes ejecutivos, incluidos los decretos-leyes, o cuando menos los decretos-leyes de naturaleza singular. Si ello no fuera así, el artículo 43 LOTC sería inconstitucional en el caso de los decretos-leyes singulares y el Tribunal Constitucional debería plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre esta norma procesal constitucional. La tempestividad de la tutela judicial frente a decretos-leyes singulares impone la existencia de un amparo directo. Además, solo el Tribunal Constitucional puede dar una genuina tutela cautelar en estos casos. Y esa tutela cautelar debe cumplir con el requisito de su equivalencia a la que cabría otorgar si no se hubiera utilizado indebidamente un decreto-ley singular.

La tesis planteada puede parecer novedosa, pero el lector descubrirá que no lo es. Y podrá parecer heterodoxa, pero tampoco lo es tanto. Porque, bien mirado, lo que se pretende con esta tesis es llevar hasta sus últimas consecuencias la jurisprudencia constitucional sobre los límites que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva impone a las diversas modalidades de normas legales singulares, cuando son aprobadas mediante decreto-ley. Si un decreto-ley singular es una norma con fuerza de ley de naturaleza singular que, de acuerdo con los cánones de la jurisprudencia constitucional, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, la efectividad de la tutela judicial del afectado, sobre todo entendida como tempestividad de la tutela y como posibilidad de tutela cautelar, no es posible por la vía de acudir a un tribunal ordinario y pedir que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad. No se encontrará plena tutela judicial efectiva por esa vía.

No está de más precisar que uso el término *singular* para condensar todas las modalidades de normas singulares que vulneran o pueden vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

II. La procedencia *ex* artículo 43 LOTC de un amparo directo frente a un decreto-ley o, cuando menos, frente a un decreto-ley singular

A. Síntesis de la tesis.

El amparo directo frente a un decreto-ley singular ha de plantearse con base en el artículo 43 LOTC. Su *objeto* es el decreto-ley en cuanto tal, sea en todo o en parte. Su *contenido* consiste en el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva del afectado recurrente (art. 55. 1. b) LOTC) y la declaración de nulidad del decreto-ley (art. 55. 1 a) LOTC).

Resulta indiscutible que no cabe recurrir en amparo decisiones o actos con valor de ley emanados de las Cortes o de las asambleas legislativas de las Comunidades autónomas. El artículo 42 LOTC no admite otra interpretación. Ha sido entendimiento habitual y mayoritario en la doctrina y es el que parece reflejarse en la jurisprudencia constitucional que tampoco cabe recurrir en amparo actos o decisiones con valor de ley del Gobierno o de los ejecutivos autonómicos.

Pues bien, frente a este estado de cosas cabe sostener:

- 1.º En el artículo 43 LOTC el término *disposiciones* abarca los decretos-leyes.
- 2.º En su defecto, cuando se trata de decretos-leyes singulares la interpretación correcta y la única conforme con la Constitución es la de que en el artículo 43 LOTC el término *disposiciones* abarca los decretos-leyes.
- 3.º En defecto de lo anterior, el artículo 43 LOTC es inconstitucional en lo que se refiere a los decretos-leyes singulares.

B. En el artículo 43 LOTC el término *disposiciones* abarca los decretos-leyes.

La exclusión de los actos con valor de ley del ámbito del recurso de amparo se da únicamente de manera expresa (*sensu contrario*) del tenor literal del artículo 42 LOTC respecto de los emanados de los poderes legislativos (estatal y autonómicos). En este ámbito, *inclusio unius exclusio alterius*. No sucede lo mismo con el artículo 43 LOTC, aunque la exclusión de las disposiciones con fuerza de ley haya venido siendo la interpretación comúnmente aceptada.

El artículo 43 LOTC, al regular el amparo frente a los poderes ejecutivos (estatal o autonómicos), habla con carácter general de *disposiciones*. También lo hace el artículo 41.2 LOTC, aunque es un precepto de remisión a lo dispuesto en los artículos siguientes. Los decretos-leyes son indudablemente disposiciones de un poder ejecutivo. La interpretación literal, por sí sola, abocaría a entender que los decretos-leyes están incluidos en el artículo 43 LOTC. Las reglas de la hermenéutica jurídica imponen que debe haber, por tanto, un buen argumento para entender lo contrario. Si se puede decir así, la *carga* corresponde a quien niega la inclusión, no a quien la afirma. Además, dado el tenor general del artículo 41.2 LOTC, que admite el amparo contra todo tipo de actos de los poderes públicos, las exclusiones de la regla general son por definición normas excepcionales.

Se ha sostenido de forma generalizada que la exclusión de todas las normas con rango de ley del objeto del recurso de amparo fue una opción deliberada y consciente del legislador; esto es, que la interpretación histórica abona la exclusión de los decretos-leyes (en general, de los actos con valor de ley) del artículo 43 LOTC. Pero se trata más de una apariencia que de una conclusión sólida. El análisis oscurece esa conclusión.

El proyecto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional contenía un artículo 46.1 que permitía el amparo frente a una ley o una disposición o acto con valor de ley formal del Estado y de las Comunidades autónomas, cuando tuvieran carácter autoaplicativo («*que hubieren de ser cumplidas directamente sin previo requerimiento o acto de sujeción individual*»). Ese precepto fue suprimido durante la tramitación parlamentaria, quedando solo el apartado segundo del precepto, que se corresponde con el vigente artículo 42 LOTC. De ahí se pretende concluir que la *voluntas legislatoris* fue, al suprimir el amparo frente a leyes, suprimir también el amparo frente a normas con valor de ley emanadas del ejecutivo. Pues bien, sobre este extremo cabe señalar lo que sigue:

- a) La interpretación histórica es un canon hermenéutico más, sin ninguna necesaria prevalencia. Por decirlo así, una supuesta voluntad del legislador no corta

de raíz la labor hermenéutica; sobre todo si los demás criterios de interpretación abocan a otro resultado interpretativo.

- b) Lo anterior queda reforzado si el resultado al que conduce la supuesta voluntad del legislador es el menos conforme con la Constitución, al menos en lo que se refiere a las normas de carácter singular.
- c) La enmienda que excluyó este limitado amparo frente a leyes (la núm. 175 de Minoría Catalana) tenía la siguiente justificación:

«(La impugnación de leyes es) una clara desvirtuación del recurso de amparo, introduciendo por una vía falsa una amplia legitimación de los particulares para interponer recursos de inconstitucionalidad cuando para éstos, la propia Constitución tasa y limita muy concretamente el número de personas o actos legitimados».

Se aprecia que la justificación parte del entendimiento de que la legitimación para instar la inconstitucionalidad de las leyes está *tasada y limitada* por la Constitución. ¿Es esto cierto? El Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, no ha dicho jamás nada semejante. Si mañana el legislador modificara el artículo 42 LOTC y permitiera impugnar en amparo actos con valor de ley de los poderes legislativos estatal y autonómico, sería libre de hacerlo. La justificación de la enmienda, con todos los respetos, parte de una premisa errónea. No hay razón alguna para sostener que la legitimación para instar procedimientos de inconstitucionalidad de normas con rango de ley está tasada por la Constitución. La legitimación para instar conflictos en defensa de la autonomía local son una prueba palmaria. La limitación no pertenece a la esencia del carácter concentrado de la jurisdicción constitucional ni del llamado privilegio jurisdiccional de las leyes. Alemania, por ejemplo, admite el amparo frente a leyes.

No está de más señalar que la exclusión del amparo se refería a los actos y decisiones con valor de ley *formal*. *Ley formal* es solo la que emana de las Cortes Generales o de una asamblea legislativa autonómica.

Insisto en que el tenor literal del artículo 43 LOTC es el que es (*disposiciones*), y no hace distinciones ni contiene limitaciones, como sí hace el artículo 42 LOTC. Para excluir del ámbito del artículo 43 LOTC las normas con rango, fuerza o valor de ley hay que proceder por analogía, lo que no procede respecto de una norma excepcional. Además, no existe identidad de razón con las normas emanadas de los poderes legislativos. Los decretos-leyes, aunque tengan fuerza de ley, son normas excepcionales basadas en una extraordinaria y urgente necesidad. No hay identidad de razón. Que una norma emanada de un ejecutivo pueda tener excepcionalmente la fuerza de una ley (fuerza de innovar el ordenamiento, de modificarlo, con el rango propio de una ley), no determina automáticamente ni quién tiene la potestad de control (por ejemplo, los tribunales ordinarios pueden inaplicar leyes por contrarias al Derecho europeo), ni la intensidad de ese control (por ejemplo, los tribunales ordinarios pueden controlar los vicios *ultra vires* de la legislación delegada), ni quién puede instar ese control. El rango o fuerza de la norma no predetermina su sistema de control. Que las normas con fuerza de ley de los poderes ejecutivos estatal y autonómicos tengan en nuestro Derecho una

diferencia en cuanto al quién y el cómo de su control de constitucionalidad respecto de las normas con rango de ley de los poderes legislativos estatal y autonómicos no tiene por qué chirriar. A la inversa, hay normas sin rango de ley cuya constitucionalidad en este momento solo puede ser controlada por el Tribunal Constitucional: las normas forales.

Se han señalado en la literatura jurídica otros posibles argumentos en contra de la admisibilidad de un amparo directo contra leyes singulares en general o contra actos con valor ley de naturaleza singular emanados del Gobierno o de ejecutivos autonómicos. Así: i) el artículo 43.2 LOTC exige agotar la *vía judicial procedente*; ii) el plazo de los amparos del artículo 43 se computa desde la notificación de la resolución recaída en dicha vía judicial; iii) el artículo 55.1 LOTC no prevé la nulidad de una norma legal como pronunciamiento de una sentencia de amparo; iv) la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal debe hacerse en todo caso en un procedimiento de inconstitucionalidad; v) la legitimación en los amparos del 43 LOTC se da quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente.

Considero que ninguna de esas cuestiones es relevante para decidir si cabe o no un amparo directo frente a un decreto-ley. Será más bien al revés. Si se llega a la conclusión de que sí cabe, habrá que dar solución a esos problemas, en el caso de que sean tales. Como se verá, todos ellos tienen soluciones bastante sencillas. Pero cada una de esas cuestiones (plazo, legitimación, tramitación) es un *posterius*, no un *prius* de la admisibilidad del amparo directo frente a un decreto-ley.

Entiendo que tampoco tiene relevancia alguna a los efectos de la interpretación del artículo 43 LOTC el hecho de que los decretos-leyes hayan de ser convalidados por el Congreso de los Diputados o por la asamblea legislativa de la Comunidad autónoma. La convalidación no convierte al decreto-ley en ley. Es un requisito para el mantenimiento de su vigencia. Nada más. Además, la convalidación en nada es equiparable a la tramitación de un proyecto o proposición de ley, puesto que la convalidación se produce en bloque, esto es, sobre el conjunto de la disposición, lo que significa que el debate parlamentario es limitado.

C. En su defecto, cuando se trata de decretos-leyes singulares la interpretación correcta y la única conforme con la Constitución es la de que en el artículo 43 LOTC el término *disposiciones* abarca los decretos-leyes.

Se podría pensar que el caso a que aludí al principio fue el primero en que se presentó ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo directo frente a un decreto-ley. En lo que me consta no es así. Hay al menos un caso anterior. Se trata del decidido mediante el ATC 291/1997. Lo presentó la entidad Canal Satélite Digital, S.L., frente a la Disposición adicional única y el artículo 3 del Real Decreto-Ley 1/1997, de 31 de enero. Lo cierto es que el recurso de amparo fue inadmitido. Obviamente no lo traigo a colación por este hecho, aunque hay que señalar los precedentes aunque no sean (del todo) favorables a la tesis que se está sosteniendo. Lo más relevante es que la inadmisión de este amparo no se produjo porque el Tribunal considerara que no cabía amparo directo contra un decreto-ley, cuestión que fue suscitada por el Ministerio

Fiscal. El Tribunal empezó por plantearse y exigir que el decreto-ley fuese autoaplicativo. E inadmitió el recurso porque consideró que los preceptos contra los que se dirigía el amparo no eran propiamente autoaplicativos para la entidad recurrente. Sin embargo, respecto del amparo frente a un decreto-ley, el ATC 291/1997, FJ 2 dice lo siguiente:

«El recurso se articula directamente contra los preceptos del Decreto-ley y no por vía indirecta contra los actos de aplicación de los mismos.

Desde luego, la impugnación de leyes o actos con fuerza de Ley por vía indirecta es admisible y ha venido siendo admitida por este Tribunal de modo constante a partir de la STC 41/1981 (fundamento jurídico 1.º).

No sucede, sin embargo, lo mismo con la impugnación directa. El art. 42 de la LOTC. a contrario, excluye, en principio, del amparo los actos con valor de Ley emanados de las Cortes o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. Así lo hemos declarado en diversas resoluciones (AATC 183/1984, 206/1986 y 244/1986 y SSTC 206/1990, fundamento jurídico 5.º; 119/1991, fundamento jurídico 4.º; 31/1994, fundamento jurídico 4.º, y 88/1995, fundamento jurídico 5.º, *in fine*). Ciertamente, todas esas resoluciones se refieren a leyes o actos parlamentarios con valor de Ley.

No obstante, contienen algunas declaraciones efectuadas en términos genéricos que, entendidas literalmente, conducirían a la conclusión de que tampoco cabe impugnar directamente en amparo los Decretos-leyes. Así, se dice que la regulación de la LOTC “no permite ni que los ciudadanos recurran directamente las leyes o normas con rango de Ley en los procesos constitucionales aptos para ello, ni que el de amparo sea un proceso adecuado para impugnar una Ley o norma con valor de tal” (ATC 46/1993, fundamento jurídico 3.º). Por otra parte, el entendimiento literal de tal declaración, a que acaba de aludirse y que conduciría derechamente a la inadmisión del amparo, se fundamenta en el hecho de que el art. 43.1 de la LOTC, al regular el recurso de amparo contra actos del Gobierno, lo admite sólo “una vez que se haya agotado la vía procedente”.

En todo caso, lo que no cabe negar es que el recurso de amparo exige, como ha venido declarando este Tribunal a partir de la STC 40/1982, la vulneración concreta del derecho fundamental alegado y no es un instrumento apto para enjuiciar la constitucionalidad abstracta de normas, tengan o no valor de Ley (SSTC 141/1985, fundamento jurídico 3.º; 162/1985, fundamento jurídico 1.º, y 123/1987, fundamento jurídico 1.º). Por consiguiente, en el ámbito del recurso de amparo sólo podrá procederse al enjuiciamiento de normas cuando por su mera existencia o entrada en vigor se cause la lesión concreta y actual del derecho fundamental (STC 167/1987, fundamento jurídico 2.º).

Pues bien: La recurrente no pretende combatir esa interpretación en términos generales, sino sólo acomodarla al supuesto de que los preceptos del Decreto-ley sean autoaplicativos, pues entonces la vulneración procedería inmediatamente de la propia disposición legislativa. En ese caso, puesto que los Decretos-leyes, pese a su rango de Ley, siguen siendo disposiciones del Gobierno y, pese a su carácter legislativo (art. 86.1 CE), puesto que las disposiciones del Gobierno al igual que los actos, pueden ser recurridas en amparo (*v. g.*, STC 31/1984, fundamento jurídico 7.º), y

puesto que no cabe, frente a su aplicación inmediata, agotar una vía judicial previa ocluida, argumenta que han de poderse recurrir directamente en amparo, si vulneran concretamente derechos fundamentales, como dijimos en la STC 220/1991, fundamento jurídico 2.º. De lo contrario, podría haber una ilegítima injerencia del Gobierno en los derechos fundamentales de un particular exenta de toda posibilidad de amparo, pues ni podría acudir a la jurisdicción ordinaria ni a la constitucional.

La determinación de si el supuesto de la admisibilidad del amparo, tal como la recurrente la concibe, concurre en el presente caso ha de abordarse con carácter previo a la valoración de las razones en que la funda.

Preciso es, pues, examinar si la exención aducida se da efectivamente, es decir, si los preceptos impugnados son autoaplicativos. Pues, si no lo fuesen, el mismo razonamiento genérico que se articula en la demanda conduciría a la inadmisión».

No tendré la osadía de pretender que un Auto de inadmisión de un recurso de amparo constituya doctrina consolidada. Pero lo cierto es que enfrentado (que sepamos, por primera vez) a un recurso de amparo directo frente a un decreto-ley, el Tribunal no lo inadmitió por el rango, fuerza o valor de la disposición. Más bien partió de la premisa de poner por delante la cuestión de su carácter autoaplicativo y llegó a la conclusión de que no concurría esa condición (nótese que no se hablaba de una *ley singular*). Pero en algo pesaba, frente al rango de ley, la procedencia de la disposición, esto es, que se trataba no de una disposición de las Cortes (frente a la que el Auto niega terminantemente cualquier posibilidad de amparo), sino del Gobierno. Si se me permite la expresión, la procedencia pesaba más que el rango, porque de otro modo la razón de la inadmisión habría sido otra.

Pues bien, la segunda vez, en lo que me consta, en que se enfrentó a este tema el Tribunal volvió a inadmitir, esta vez por providencia, por idéntico motivo.

A pesar de todo lo anterior, hay que reconocer que el Tribunal Constitucional ha partido siempre de la base de que la vía para impugnar las leyes, singulares o no, y los decretos-leyes, singulares o no, pasa (al margen del recurso de inconstitucionalidad) por el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Pero es también cierto que la cuestión de si cabe un amparo directo frente a un decreto-ley singular está, en sentido estricto, imprejuizada. Como lo está incluso la de si cabe amparo frente a cualquier tipo de ley singular. Como dijo la STC 6/1986, FJ 1:

«[...] llegamos a la conclusión de que el recurso de amparo contra una Ley ha de formularse a través de la impugnación del acto de los poderes públicos que la haya aplicado, al menos en el supuesto en que tal acto pueda producirse legalmente; quedan así fuera de nuestra consideración el supuesto —no resuelto por el Tribunal en sus anteriores Sentencias— de que la Ley origine al recurrente una lesión concreta y actual de sus derechos fundamentales susceptibles de amparo de modo directo e inmediato».

Pues bien, el precedente ha de servir para enlazar con mi segunda posición sobre el artículo 43 LOTC: si el Tribunal Constitucional llegara a la conclusión de que en el artículo 43 LOTC no cabe un amparo directo frente a decretos-leyes (o, precisando

y por extensión, frente a disposiciones con fuerza de ley del Gobierno o de ejecutivos autonómicos), debería concluir que cuando menos sí han de considerarse incluidas las normas con fuerza de ley de naturaleza singular. Reitero que por *singulares* han de entenderse todas las normas que el Tribunal considera a estos efectos como tales: las *autoaplicativas*; las de *destinatario único o estructura singular*; y las dictadas en atención a un *supuesto de hecho concreto y singular*. Y ello por exigencia del principio de interpretación conforme a la Constitución. Como se va a razonar, en el caso de las disposiciones singulares es la única interpretación correcta por ser la única conforme a la Constitución.

No he de anticipar en este momento exhaustivamente la doctrina constitucional sobre las leyes singulares (que —insisto— abarcan las normas autoaplicativas, las de destinatario singular y las dictadas en atención a un caso concreto). Baste anticipar que, como es sabido, el Tribunal Constitucional ha destacado en su doctrina jurisprudencial que en los casos de normas legales singulares el sujeto afectado podrá encontrar tutela incoando el proceso correspondiente e instando al tribunal competente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. El Tribunal ha insistido en la necesidad de que se pueda prestar una *tutela equivalente*, pues de otro modo la norma sería inconstitucional.

Mas lo que importa en este momento no es en qué casos o por qué las leyes singulares o ciertas leyes singulares son inconstitucionales. Lo relevante es cuándo y cómo puede el sujeto que ve vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva hacerlo valer.

Se ha puesto de manifiesto por la doctrina que el *cómo* de la tutela jurisdiccional frente a leyes singulares hace aguas porque el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad por el tribunal ordinario es su potestad y deber, pero no un derecho del justiciable. Pero no es este aspecto en el que quiero incidir. De ser así, lo lógico sería entablar el proceso correspondiente ante el tribunal ordinario competente, pedirle que elevase cuestión de inconstitucionalidad sobre el decreto-ley y recurrir en amparo si no se hiciese ¿Cuál es el problema entonces? ¿Por qué no ha de seguirse el camino *ortodoxo*? Hay dos razones: la tempestividad de la tutela y la tutela cautelar.

No quiero mezclar indebidamente el razonamiento ni la argumentación sobre la necesidad del amparo directo como única posible interpretación conforme del artículo 43 LOTC con la que se refiere a por qué un decreto-ley singular puede vulnerar —de hecho, como regla, vulnera— el derecho a la tutela judicial efectiva del afectado, que constituiría el fondo de la cuestión; ni, en fin, con la que se refiere a por qué el decreto-ley debería poder ser suspendido en su vigencia para evitar que el amparo pierda su finalidad. Sin duda, las tres cuestiones están estrechamente relacionadas, pero no deben ser mezcladas o confundidas. Para analizar esta primera cuestión del amparo directo la más clara aproximación intelectual es partir de la premisa de que el decreto-ley vulnera el artículo 24.1 CE, esto es, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del recurrente. Pues bien, ¿qué ha de suceder si se sigue el camino hasta ahora comúnmente marcado?

Es evidente que el rango legal de la disposición *decreto-ley* altera radicalmente el escenario procesal y restringe siempre, en muy buena medida, las posibilidades de tutela del afectado, muy distintas a las que tendría si no se hubiera aprobado por decreto-ley

una norma singular. La falta de tutela se vuelve más nítida y cristalina en el supuesto de que el decreto-ley singular cree una situación irreversible.

Ante normas con rango de ley de naturaleza singular (reiteramos una vez más que, por sintetizar, englobamos en el término *singular* todas las modalidades tenidas en cuenta por la jurisprudencia constitucional), el camino ortodoxo normalmente señalado será en la mayoría de los casos tardío, haciendo imposible la tutela judicial. O hará imposible la tutela judicial específica pretendida por el justiciable, haciendo solo viable, si acaso, una tutela judicial por equivalente. Y ello únicamente por una decisión inconstitucional del poder público. No será posible la restitución del estado de cosas a la situación anterior a la promulgación de la norma singular. La implementación real de lo dispuesto en la norma hará inviable la tutela *in natura*. Ello ya supone de por sí que la jurisprudencia constitucional que pone límites a las leyes singulares puede acabar teniendo un valor muy relativo, porque en muchos casos carecerá del necesario efecto disuasorio, ya que el poder público sabrá que, aun actuando de modo inconstitucional, la consecuencia jurídica será *sustitutoria*, pero no realmente eficaz.

Además, debe observarse que en el caso de una norma con rango de ley de carácter singular no deja de resultar un tanto absurdo y paradójico obligar al justiciable a acudir primero a un tribunal ordinario, que, por definición, carece de jurisdicción para enjuiciar lo que al justiciable realmente más le importa: la inconstitucionalidad de la norma legal singular. Esto es aún más claro respecto de las normas autoaplicativas. En el caso de que la jurisdicción corresponda al orden contencioso-administrativo, la falta de jurisdicción es palmaria y resulta del artículo 1 LJCA, que limita las pretensiones ejercitables a las que se deduzcan en relación con «*disposiciones de rango inferior a la Ley*». Cuando el interés del justiciable es la declaración de inconstitucionalidad de la ley singular, forzar un proceso ordinario (de cualquier clase: declarativo, ejecutivo o cautelar) para que en él, en su caso, se plantee cuestión de inconstitucionalidad, carece de sentido.

De este modo llegamos a lo que seguramente es el meollo de la cuestión: sin amparo directo frente a un decreto-ley singular, la jurisprudencia constitucional acaba por ser (si no siempre, casi siempre) papel mojado, o cuando menos permite solo una tutela jurisdiccional no específica sino sustitutiva. Y para ello, si vale la expresión, el Tribunal Constitucional debe permitir *levantar el velo* de la norma singular *ab initio*. Si no, la jurisprudencia carece de valor disuasorio o, si se prefiere, informador del hacer de los poderes públicos: el poder ejecutivo siempre podrá seguir dictando decretos-leyes singulares si compensa en la realidad una tardía declaración de inconstitucionalidad de nulo o muy limitado efecto práctico. Es sabido que el abuso del decreto-ley singular (en realidad, de toda ley singular injustificada) es un modo de esquivar a los tribunales, de burlar su (posible) tutela, del que se ha dicho que se parece al abuso de los *actos políticos* en la época preconstitucional. Y frente a ello ha de buscarse y procurarse un remedio. Sin pecar de grandilocuentes, es un capítulo más de la lucha contra las inmunidades del poder. En realidad, a la postre, admitir un recurso de amparo directo frente a decretos-leyes singulares lo que comporta es llevar la jurisprudencia constitucional sobre normas legales singulares hasta sus últimas consecuencias, al menos en lo que a decretos-leyes singulares se refiere.

En la jurisprudencia constitucional sobre leyes singulares juega un rol muy relevante la noción de *tutela equivalente*. Una de las razones de la inconstitucionalidad de las leyes singulares es la imposibilidad de que el Tribunal Constitucional preste una tutela equivalente a la que podría prestar un tribunal ordinario si las decisiones del poder público no se contuvieran bajo el ropaje de una norma legal singular. De ahí que la consecuencia a la que llega el Tribunal es la inconstitucionalidad de la norma legal singular por contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. Obviamente el recurrente no puede pretender que el Tribunal Constitucional le dé una tutela equivalente, porque convertiría al Tribunal Constitucional en un tribunal ordinario. El amparo directo ha de ceñirse a pedir la nulidad del decreto-ley por inconstitucional. Pero lo que está en juego es que la tutela del derecho a la tutela judicial efectiva sea tempestiva y, en su caso, cautelarmente eficaz para que posteriormente pueda ser equivalente. Y eso significa que el Tribunal Constitucional, aunque siga sin prestar *tutela equivalente* en cuanto al fondo, sí debería considerarse con potestad para adoptar dos decisiones que sí que alteran su posición de que no está llamado a prestar tutela equivalente: la primera, permitir el acceso directo en amparo del justiciable afectado por un decreto-ley singular; la segunda, permitir que frente al decreto-ley singular se pidan y, en su caso, se adopten en el curso del amparo medidas cautelares que prescindan del rango legal de la norma; esto es, que, como se ha indicado antes, levanten el velo.

He de dejar claro que no pretendo plantear el amparo directo como una suerte de vía alternativa a opción del recurrente. No se trata de una cuestión de oportunidad o conveniencia, sino de estricta necesidad: el amparo directo y la posibilidad de una medida cautelar de suspensión son la única vía por la que el afectado puede conseguir tutela tempestiva de su derecho a la tutela judicial efectiva y la única vía por la que puede plantear una tutela cautelar basada en que el decreto-ley vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva.

A los efectos de la interpretación conforme a la Constitución del artículo 43 LOTC resulta pertinente señalar que el *modelo de amparo constitucional* es legal, no constitucional. Como es bien sabido, el «*en su caso*» del artículo 53.2 CE y el «*en los casos y formas que la ley establezca*» del artículo 161. 1. b) CE permiten varios modelos de amparo constitucional. En cuanto a su ámbito y su subsidiariedad o no, los artículos 41 a 44 LOTC son una opción de política jurídica del legislador orgánico, no del constituyente. Lo que sí tiene rango constitucional es el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. No hay, por tanto, una ponderación a realizar entre tutela judicial y modelo de amparo. Más bien el modelo de amparo ha de ser interpretado necesariamente conforme al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

Un argumento más ha de ponerse encima de la mesa cuando se trata de decretos-leyes autonómicos. A los efectos de la interpretación conforme del artículo 43 LOTC es relevante el hecho de que los decretos-leyes emanados de los ejecutivos autonómicos no están directamente previstos por la Constitución. Ciertamente son una figura constitucionalmente admisible, pero ello no quita para que los únicos decretos-leyes directamente contemplados por la Constitución sean los que dicta el Gobierno. Un decreto-ley autonómico es, por tanto, una disposición cuya fuerza de ley no deriva de la Constitución, sino del Estatuto de Autonomía. Esto no se dice para quitarle fuerza

a dicha fuerza de ley, si se me permite la expresión. Pero sí para poner de manifiesto que si la interpretación conforme tiene por finalidad preservar un derecho constitucional —la tutela judicial efectiva—, no tiene sentido que el término *disposiciones* del artículo 43 LOTC pueda verse indirectamente delimitado por ulteriores normas no constitucionales, aunque formen parte del bloque de constitucionalidad.

D. En defecto de lo anterior, el artículo 43 LOTC es inconstitucional en lo que se refiere a los decretos-leyes singulares.

Si el Tribunal Constitucional llegase a la conclusión de que el artículo 43 LOTC no es interpretable en el sentido de incluir el amparo directo frente a un decreto-ley de carácter singular, entonces dicho precepto es inconstitucional. El derecho a la tutela judicial efectiva exige que el afectado por un decreto-ley singular tenga la posibilidad de acudir a un órgano jurisdiccional que le brinde tutela judicial tempestiva y tutela judicial cautelar frente a un decreto-ley inconstitucional. Si la antes razonada como única interpretación conforme no fuera posible, el artículo 43 LOTC sería inconstitucional.

Si el Tribunal Constitucional llegara a la conclusión de que la decisión sobre la admisión de un recurso de amparo directo frente a un decreto-ley depende de ello, creo que habría previamente de plantearse la inconstitucionalidad del artículo 43 LOTC en los términos señalados.

Nótese que estaríamos en un supuesto peculiar. El artículo 43 LOTC es una norma procesal constitucional. La cuestión de inconstitucionalidad cuyo planteamiento procedería no sería la autocuestión de inconstitucionalidad del artículo 55.2 LOTC, porque esta contempla el caso en que de la inconstitucionalidad de la norma legal dependa la estimación del amparo. En este caso lo que dependería de la constitucionalidad de la norma legal sería la admisión del recurso de amparo. Se trataría más bien de una cuestión de inconstitucionalidad ordinaria o común. Estimo que no cabe duda de que el Tribunal Constitucional puede plantear ante sí mismo este tipo de cuestiones de inconstitucionalidad, porque si no se llegaría a la absurda conclusión de que las normas procesales contenidas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional carecen de otro control de constitucionalidad que el limitado en el tiempo que brinda el recurso de inconstitucionalidad.

Entiendo que lo procedente sería que, llegado el caso, la cuestión de inconstitucionalidad fuese planteada con carácter previo a la admisión del recurso de amparo, ya que el tema que se plantea afecta a la admisibilidad y no al fondo del recurso de amparo. No obstante, dado que, según reiterada jurisprudencia constitucional, los requisitos de admisibilidad pueden ser enjuiciados en sentencia, también podría el Tribunal admitir a trámite el recurso de amparo a expensas de un examen más detenido del tema que se suscita.

En todo caso, la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad debería conducir a una sentencia interpretativa, que declarara que el artículo 43 LOTC es inconstitucional en la medida en que no abarca el recurso de amparo directo frente a disposiciones del Gobierno y de los ejecutivos autonómicos con fuerza de ley y naturaleza de ley

singular, según la tipología de leyes singulares de la propia jurisprudencia constitucional. A la postre, el mismo resultado que se alcanzaría mediante la interpretación conforme del precepto.

E. Algunas cuestiones procesales de un recurso de amparo directo frente a un decreto-ley singular.

1. Inexistencia de vía judicial previa. Es obvio que en un amparo directo no sería de aplicación el requisito del agotamiento de la vía judicial previa. Sería un contrasentido. Se podrá negar la tesis que mantengo, pero si se admite es evidente que no hay vía judicial previa. Y si no se admite, la razón no habrá de ser la falta de agotamiento de la vía judicial previa, sino la inviabilidad sin más del amparo directo.

No estará de más señalar que, aunque sea con carácter excepcional, el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de supuestos de amparos del artículo 43 LOTC en los que no existe vía judicial previa. Es señaladamente el caso resuelto por la STC 220/1991, aunque se tratara de un supuesto sustancialmente distinto al que analizo, pero que indica que las excepciones existen. En el fundamento jurídico se afirmó:

«Tal unánime coincidencia de las partes sobre el origen gubernativo del acto recurrido y, por tanto, sobre la incardinación del recurso de amparo en el citado art. 43 es de insoslayable aceptación, puesto que, en efecto, la impugnación se dirige contra un acto emanado de miembros del Gobierno vasco y no contra un acto parlamentario que se recurra por el cauce del art. 42, siendo por ello igualmente inevitable, una vez comprobado que el recurso de amparo se interpone de manera directa, sin haber previamente acudido al proceso judicial procedente, estimar que, en principio, se ha incurrido en la falta de agotamiento de la vía judicial a que se refiere el art. 43.1 de la LOTC.

Parece, por lo tanto, que debiera declararse la inadmisibilidad del recurso prevista en el art. 50.1 a), en relación con el 43.1 citado, de la propia LOTC; sin embargo, tal inicial impresión no puede conducirnos a decretar esa inadmisibilidad, porque frente a ella debe considerarse que la regla general del carácter subsidiario del recurso de amparo significa que el agotamiento procesal que condiciona su apertura se produzca en relación con la vía judicial “procedente” —art. 43.1— o con todos los recursos “utilizables” —art. 44.1 a)—, y, por lo tanto, carece de sentido alguno exigir el cumplimiento de ese presupuesto formal, cuando es de imposible cumplimiento por no existir vía judicial “procedente” o recursos “utilizables” susceptibles de ser agotados. Lo contrario sería, en tales supuestos, condenar a la demandante de amparo, de manera irremisible, a la inadmisibilidad, hubiere o no intentado agotar una vía judicial “improcedente” o un recurso “inutilizable”, puesto que si lo intentara incurriría en extemporaneidad por carecer de eficacia interruptiva del plazo de interposición del amparo la utilización de la vía o recurso judicial improcedente o inutilizable, y si no lo intentara incidiría, de acogerse la tesis del Gobierno vasco y del Ministerio Fiscal, en la falta de agotamiento que éstos propugnan, haciendo, por

lo tanto, imposible el acceso a esta jurisdicción constitucional, conclusión que es manifiestamente inaceptable.

El caso presente es uno de esos supuestos excepcionales en el que la interposición directa del amparo no determina su inadmisibilidad, pues la violación de derechos fundamentales se imputa a un acto —negativa del Gobierno vasco a facilitar la información solicitada por parlamentarios vascos— ante el cual la Ley no concede medio de impugnación ante los Jueces en cuanto que, por su naturaleza política, está excluido del control de la jurisdicción contencioso-administrativa o de cualquier otra de orden distinto, siendo por lo tanto improcedente el imponer a los recurrentes de amparo que acudan a los órganos judiciales en demanda de una revisión para la cual carecen éstos de jurisdicción, y que se manifiesta, por lo tanto, innecesaria por inútil. Así lo tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y así también lo ha establecido este Tribunal Constitucional en las SSTC 45/1990 y 196/1990, cuya doctrina damos aquí por reproducida en orden a declarar que no existe vía judicial que agotar y, por ello, la interposición directa del recurso de amparo no incurre, desde esta perspectiva procesal, en causa de inadmisibilidad por tal razón».

Por otra parte, hemos de volver a traer a colación aquí y a estos efectos el ya citado ATC 291/1997, que, en cuanto precedente de amparo directo frente a un decreto-ley, no consideró que fuera necesario agotar ninguna vía judicial previa.

2. Legitimación. La persona legitimada para interponer el recurso de amparo directo frente a un decreto-ley singular es la titular del derecho fundamental vulnerado: el derecho a la tutela judicial efectiva. Al tratarse de un supuesto excepcional de amparo directo, dicha persona no habrá sido parte en ningún proceso judicial correspondiente (art. 46 LOTC). La legitimación, por tanto, la tiene quien se vea afectado en sus derechos o intereses legítimos por un decreto-ley singular. El artículo 162. 1. b) CE dispone que está legitimada para interponer recurso de amparo toda persona natural o legítima que invoque un interés legítimo.

3. Plazo. El recurso de amparo directo habrá de interponerse dentro del plazo de veinte días hábiles siguientes a la publicación oficial del decreto-ley. Al no existir vía judicial previa, no existe resolución recaída en el previo proceso judicial, ni notificación de la misma. Debe entenderse que al tratarse de un amparo *ex* artículo 43 LOTC su plazo ha de ser de veinte días (art. 43. 2 LOTC). La laguna respecto del *dies a quo* de un amparo directo *ex* artículo 43 LOTC debe ser integrada por analogía con lo dispuesto en el artículo 42 LOTC respecto de los amparos parlamentarios y en el artículo 27 LOTC respecto del recurso de inconstitucionalidad. La analogía conduce a la conclusión de que el *dies a quo* de un amparo directo frente a un decreto-ley no puede ser sino su fecha de publicación en el diario oficial correspondiente.

4. Tramitación. A mi juicio, dado que el amparo tiene por objeto una norma con fuerza de ley, sería conveniente que el conocimiento de un recurso de amparo directo frente a un decreto-ley singular fuera avocado al Pleno (art. 10. 1 n) LOTC), incluyendo su fase de admisión.

La tramitación de un recurso de amparo directo exige que, una vez admitido, en el trámite de alegaciones se dé audiencia, además de al Ministerio Fiscal, al Estado o

a la Comunidad autónoma de que se trate, ya que, aunque no ha habido procedimiento judicial previo, debe ser considerada la parte demandada en el proceso. Dado, además, que el objeto del amparo es una disposición con fuerza de ley, debería darse audiencia a los demás sujetos y órganos mencionados en los artículos 34.1 y 37.3 LOTC como intervinientes en los procedimientos de inconstitucionalidad. En defecto de lo anterior, si el Tribunal Constitucional lo estimara más adecuado, cabría seguir la tramitación ordinaria de un recurso de amparo y que se elevase autocuestión de inconstitucionalidad *ex* artículo 55.2 LOTC sobre el decreto-ley.

F. Sobre la especial trascendencia constitucional.

El artículo 49.1 *in fine* LOTC dispone que «*la demanda (de amparo) justificará la especial trascendencia constitucional del recurso*». Y aunque este es un requisito de admisibilidad de la demanda de amparo (y no un requisito para, una vez admitida a trámite, estimarla o desestimarla), parece inextricablemente unido al *fondo* del recurso de amparo, dada la evidente conexión entre la vulneración alegada y su especial trascendencia constitucional. El artículo 50. 1 b) LOTC dispone que la «*especial trascendencia constitucional [...] se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*».

Como es sabido, el Tribunal Constitucional ha fijado la doctrina interpretativa de este requisito de admisibilidad del recurso de amparo en la conocida STC 155/2009. En particular, en el fundamento jurídico 2 de dicha sentencia se recoge un elenco de casos en que el Tribunal considera que concurre la mencionada especial trascendencia constitucional.

Un recurso de amparo directo frente a un decreto-ley singular está por definición dentro del caso c) del FJ 2 de la STC 155/2009: «*cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general*». La concurrencia del supuesto es tan notoria que no necesita argumento alguno que la sustente.

Un recurso de amparo directo frente a un decreto-ley singular estaría, al menos las primeras veces, dentro del caso a) del FJ 2 de la STC 155/2009, el de «*un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional*». Este requisito concurriría claramente respecto de i) la cuestión de la interpretación del término *disposiciones* en el artículo 43 LOTC, así como la eventual inconstitucionalidad del artículo 43 LOTC de estimarse que no cabe recurso de amparo; y ii) la necesidad de tempestividad de la tutela judicial y de tutela cautelar frente a decretos-leyes singulares como faceta del derecho a la tutela judicial efectiva; sobre ambas cuestiones no hay doctrina del Tribunal Constitucional.

Un recurso de amparo directo frente a un decreto-ley singular podría estar también dentro del caso b) («*que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna*») y dentro del caso d) («*si la vulneración del derecho fundamental trae causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamen-*

tal y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución»), si se entendiera que no se está en el caso a) y que el Tribunal Constitucional ha tenido hasta ahora una clara interpretación del artículo 43 LOTC distinta de la que aquí se sostiene. En fin, también podría entenderse incluido dentro del caso g): «en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión».

En verdad, si se me permite, me cuesta pensar un caso en que la especial trascendencia constitucional sea más obvia.

III. Decreto-ley singular y tutela judicial efectiva

A. La jurisprudencia constitucional sobre leyes singulares.

A los efectos del enjuiciamiento de la constitucionalidad de un decreto-ley singular el canon de constitucionalidad es el mismo que el de las leyes singulares. No voy a hacer en este trabajo una exposición exhaustiva, ni voy a analizar posibles matices o la evolución habida en dicha jurisprudencia. Bastará un recordatorio.

La STC 42/2018, FJ 6 dice:

«Con arreglo al canon relativo a las leyes singulares fijado por la doctrina constitucional (SSTC 166/1986, de 19 de diciembre, 48/2005, de 3 de marzo, 129/2013, de 4 de junio, 203/2013, de 5 de diciembre, y 50/2015, de 5 de marzo), aunque la Constitución no impide su existencia, no constituyen un ejercicio normal de la potestad legislativa, por lo que están sujetas a límites constitucionales específicos (por todas, STC 129/2013, FJ 4). Dicha doctrina en materia de leyes singulares se ha sistematizado en la STC 170/2016, de 6 de octubre, FJ 4, al que ahora procede remitirse».

La STC 170/2016, FJ 4 contiene, en efecto, la más acabada síntesis de la jurisprudencia constitucional sobre las leyes singulares, que parte de los *leading cases* (SSTC 129/2013 y 203/2013) en que el Tribunal Constitucional estableció los límites que el derecho a la tutela judicial efectiva pone a las leyes singulares:

«En el examen de la naturaleza de la ley impugnada se debe atender, al igual que se hace en la citada STC 50/2015, FJ 3, a las dos modalidades de leyes singulares diferenciadas por la doctrina de este Tribunal, sistematizadas en la STC 203/2013, FJ 3. En primer lugar, las leyes autoaplicativas entendidas como “las leyes que contienen una actividad, típicamente ejecutiva, de aplicación de la norma al caso concreto” (STC 203/2013, FJ 3, por referencia a los supuestos contemplados en las SSTC 48/2005, de 3 de marzo, sobre la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias, y 129/2013, sobre el “caso Santovenia de Pisuergra”); o también como “aquellas que no requieren del dictado de un acto administrativo de aplicación”, por lo que los interesados “sólo pueden solicitar del Juez el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional” [STC 129/2013, FJ 6 a)]. El canon de constitucionalidad aplicable a este tipo de leyes es

el elaborado en la STC 129/2013 (FJ 4), y sistematizado en la STC 231/2015 (FJ 3). En dichas Sentencias afirmamos que “las leyes singulares no constituyen un ejercicio normal de la potestad legislativa” y, en consecuencia, “están sujetas a una serie de límites contenidos en la propia Constitución”, entre los que se encuentran el principio de igualdad; su restricción “a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediabiles por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios”; así como “la prohibición de condicionamiento del ejercicio de los derechos fundamentales, materia reservada a leyes generales”. Además las leyes autoaplicativas, expropiatorias o no, “deben confrontarse con la garantía de la tutela judicial establecida en el art. 24.1 CE, pues aunque las leyes autoaplicativas expropiatorias ‘ostentan la peculiaridad de ir dirigidas directamente a la privación de un derecho constitucional, las autoaplicativas no expropiatorias son también susceptibles de lesionar derechos e intereses legítimos’. En consecuencia, como ‘el art. 24.1 CE protege todos los derechos e intereses legítimos que reconoce el ordenamiento jurídico y no sólo aquellos expresamente consagrados por la Constitución’, ‘el canon de constitucionalidad del art. 24.1 CE debe necesariamente operar cuando la ley singular que encierra una actividad materialmente administrativa de aplicación de la norma al caso concreto, afecte a los derechos o intereses legítimos a los que el precepto constitucional antes citado presta cobertura’ (STC 129/2013, FJ 4)” (STC 213/2015, FJ 3).

En segundo lugar, las leyes singulares no autoaplicativas que, a su vez, comprenden dos categorías, las de “destinatario único” o de “estructura singular en atención a los destinatarios a los que va dirigida” (STC 203/2013, FJ 3, por referencia a la ya citada STC 166/1986) y las dictadas “en atención a un supuesto de hecho concreto, esto es, a una situación singular o excepcional” (STC 203/2013, FJ 3); en otras palabras “[a]quellas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la Ley singular y no comunicable con ningún otro” (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 10), de modo que una ley que no fuera de destinatario único, ni autoaplicativa, adolece de tal naturaleza si ha sido dictada en atención a un supuesto de hecho concreto, esto es, a una situación singular o excepcional” (STC 129/2013, FJ 4). En el caso de esta segunda tipología de leyes singulares no autoaplicativas, según declara la STC 129/2013, “el canon de constitucionalidad que debe utilizar este Tribunal al ejercer su función de control de este tipo de leyes es el de la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación” (FJ 4); triple canon “que habrá de superar cualquier ley singular para que pueda considerarse constitucional” (STC 203/2013, FJ 4). Este Tribunal habrá de comprobar “si la excepcionalidad del supuesto de hecho contemplado tiene una justificación objetiva —en caso contrario la ley sería arbitraria— y, si es así, si la utilización de la ley es una medida proporcionada a la excepcionalidad que ha justificado su aprobación” (SSTC 203/2013, FJ 5; 50/2015, FJ 5 y 231/2015, FJ 3). Y como ya hemos declarado, “para comprobar si una determinada actuación de los poderes públicos supera el principio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple las tres condiciones siguientes: a) si la medida es idónea o adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perse-

guido por ella (juicio de idoneidad); b) si la medida idónea o adecuada es, además, necesaria, en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia (juicio de necesidad); y, c) si la medida idónea y menos lesiva resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (por todas, la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, en relación con el control de la actuación administrativa, y STC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9, con respecto a la supervisión de la actividad legislativa)” (STC 48/2005, FJ 7). A esto debe añadirse que en el caso de las leyes singulares de supuesto de hecho concreto ha de valorarse su incidencia “de forma directa, aunque no necesariamente ilegítima, en el derecho a la tutela judicial efectiva”, en cuanto pueda “impedir el acceso al control judicial de derechos e intereses legítimos afectados y eliminar la posibilidad de un control judicial de la misma intensidad que hubieran podido realizar los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa” (STC 203/2013, FFJJ 3 y 8)».

Esta es la doctrina constitucional aplicable sobre en qué supuestos las leyes singulares son contrarias al artículo 24.1 CE. En idénticos términos la reproduce la STC 152/2017, FJ 3. Estos términos son aplicables a un decreto-ley singular en un recurso de amparo directo.

Obviamente será carga del recurrente exponer y argumentar si y por qué el concreto decreto ley contiene una o varias de las modalidades de normas legales singulares que pueden vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva: normas legales autoaplicativas (esto es, que afectan al recurrente de manera inmediata sin necesidad de acto de aplicación); normas legales de destinatario único (esto es, normas exclusivamente o cuando menos principal y directamente referidas al recurrente); normas legales no autoaplicativas de supuesto de hecho concreto (esto es, dictadas en atención a una situación única y singular).

B. Un apunte sobre la congelación de rango y sobre la deslegalización.

No puede oponerse para justificar la fuerza de ley de la disposición la existencia de una reserva de ley formal o congelación de rango respecto del contenido de lo regulado en el decreto-ley singular.

Desde la STC 129/2013, que es la primera en la que el Tribunal Constitucional inició realmente la senda de imponer límites estrictos a las normas legales singulares, es doctrina consolidada que la existencia de una reserva de ley formal o mera congelación del rango no puede servir de justificación a la puesta en vigor de normas legales singulares inconstitucionales. No hace falta detenerse en la razón de ser de esta doctrina: si las reservas formales de ley legitimaran la emanación de normas legales singulares, los legisladores (y los ejecutivos mediante decretos-leyes) serían libres para emanar normas singulares y la jurisprudencia constitucional limitativa sería inviable.

Si la reserva de ley formal se hace *ad hoc*, debe entenderse que es tan inconstitucional como la ley singular misma, como se declaró en la STC 129/2013. Si la reserva de ley formal es general, debe entenderse que no ampara la aprobación de normas

legales singulares. En el caso de reserva *ad hoc*, dado que este pronunciamiento sería prejudicial y de interpretación conforme a la Constitución de la reserva de ley formal, no parecería necesario declarar su inconstitucionalidad, sino que basta con entender que su interpretación conforme es la indicada. Si así no fuera, el Tribunal habría de elevar autocuestión de inconstitucionalidad *ex* artículo 55.2 LOTC.

Sucedirá además con frecuencia que la congelación de rango no afecte al conjunto del decreto-ley en cuestión, esto es, que la reserva formal de ley no legitime ciertos aspectos del decreto-ley, que ni siquiera con ese falaz motivo requerían una norma con fuerza de ley. Puede haber partes relevantes del decreto-ley impugnado que no vengan exigidas por dicha congelación de rango. Y bien podría suceder que fueran precisamente aquellos aspectos que más directamente incidan en la posición del afectado y le priven de tutela judicial efectiva.

Es más, hasta puede suceder que la reserva formal de ley se utilice para a continuación hacer una deslegalización y habilitar al Ejecutivo para regular por decreto lo que previamente se ha congelado o elevado de rango. Así, el mismo decreto-ley que se dicta con urgencia (en algunos casos porque hay una reserva formal de ley que cumplir) contiene una deslegalización de parte de su articulado, quizás la que tiene mayor vocación de permanencia. O sea, que el Ejecutivo que dicta el decreto-ley le congela el rango al afectado y le impide su tutela judicial, pero no se impone a sí mismo esa congelación. ¿Por qué no utilizar la vía del decreto-ley para descongelar el rango de todo el contenido de la disposición? Porque resulta incomprensible que se pueda descongelar el rango *pro futuro* de buena parte de lo regulado, pero no precisamente de aquello que claramente incide de manera directa y exclusiva sobre la situación y los derechos de la persona afectada.

Por otra parte, el sentido de las congelaciones de rango o reservas formales de ley es que se fuerce que el poder legislativo tome determinadas decisiones aunque ello no sea constitucionalmente exigible (reserva material). Si esto es así, carece de sentido que la regulación se haga por decreto-ley, y aún más que ese mismo decreto-ley deslegalice buena parte de la materia reservada.

C. Precisiones sobre el canon de constitucionalidad de las normas legales singulares.

El canon de constitucionalidad de las leyes singulares autoaplicativas se desdobra en dos elementos:

- 1.º La excepcionalidad del supuesto: «aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios»; así como «la prohibición de condicionamiento del ejercicio de los derechos fundamentales, materia reservada a leyes generales».
- 2.º La restricción de la tutela judicial efectiva: «las leyes autoaplicativas, expropiatorias o no, deben confrontarse con la garantía de la tutela judicial establecida en el art. 24.1 CE, pues aunque las leyes autoaplicativas expropiatorias “ostentan la peculiaridad de ir dirigidas directamente a la privación de un derecho constitucional, las autoaplicativas no expropiatorias son también susceptibles

de lesionar derechos e intereses legítimos”. En consecuencia, como “el art. 24.1 CE protege todos los derechos e intereses legítimos que reconoce el ordenamiento jurídico y no sólo aquellos expresamente consagrados por la Constitución”, “el canon de constitucionalidad del art. 24.1 CE debe necesariamente operar cuando la ley singular que encierra una actividad materialmente administrativa de aplicación de la norma al caso concreto, afecte a los derechos o intereses legítimos a los que el precepto constitucional antes citado presta cobertura”».

El canon de constitucionalidad de las normas legales singulares no autoaplicativas se desdobra en tres elementos: «En el caso de esta segunda tipología de leyes singulares no autoaplicativas, según declara la STC 129/2013, “el canon de constitucionalidad que debe utilizar este Tribunal al ejercer su función de control de este tipo de leyes es el de la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación” (FJ 4); triple canon “que habrá de superar cualquier ley singular para que pueda considerarse constitucional” (STC 203/2013, FJ 4)».

- 1.º La razonabilidad entendida como justificación objetiva de la excepcionalidad del supuesto de hecho: «Este Tribunal habrá de comprobar si la excepcionalidad del supuesto de hecho contemplado tiene una justificación objetiva —en caso contrario la ley sería arbitraria—».
- 2.º La proporcionalidad de la medida, lo que abarca su idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto.: «si es así, si la utilización de la ley es una medida proporcionada a la excepcionalidad que ha justificado su aprobación» (SSTC 203/2013, FJ 5; 50/2015, FJ 5 y 231/2015, FJ 3). Y como ya hemos declarado, «para comprobar si una determinada actuación de los poderes públicos supera el principio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple las tres condiciones siguientes: a) si la medida es idónea o adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella (juicio de idoneidad); b) si la medida idónea o adecuada es, además, necesaria, en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia (juicio de necesidad); y, c) si la medida idónea y menos lesiva resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (por todas, la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, en relación con el control de la actuación administrativa, y STC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9, con respecto a la supervisión de la actividad legislativa)» (STC 48/2005, FJ 7).
- 3.º La incidencia de la medida en el derecho a la tutela judicial efectiva: «A esto debe añadirse que en el caso de las leyes singulares de supuesto de hecho concreto ha de valorarse su incidencia “de forma directa, aunque no necesariamente ilegítima, en el derecho a la tutela judicial efectiva”, en cuanto pueda “impedir el acceso al control judicial de derechos e intereses legítimos afecta-

dos y eliminar la posibilidad de un control judicial de la misma intensidad que hubieran podido realizar los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa”» (STC 203/2013, FFJJ 3 y 8).

Pues bien, no será infrecuente que los mismos hechos y elementos de juicio que funden la falta de excepcionalidad del supuesto respecto del canon de las leyes autoaplicativas sirvan de base a la falta de razonabilidad y proporcionalidad de la medida a efectos del canon de las leyes no autoaplicativas. Y los mismos hechos y elementos de juicio que funden la restricción del derecho a la tutela judicial efectiva a efectos del canon de las leyes autoaplicativas sirvan asimismo de base a la apreciación de la incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva a los efectos del canon de constitucionalidad de las leyes no autoaplicativas. Es posible que en otros supuestos de normas singulares quepa hacer mayores distingos entre lo que fundamenta la aplicación de uno y otro canon de constitucionalidad. Además, la tradicional deferencia o *self restraint* del Tribunal Constitucional en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley tiene menor o ninguna razón de ser cuando se trata de una disposición singular de un Ejecutivo. En no pocos casos no debería ser difícil alcanzar la conclusión de que no hay realmente excepcionalidad ninguna en el supuesto que da lugar al decreto-ley que justifique su contenido autoaplicativo; ni se dará tampoco el requisito de su razonabilidad en aquello que es de destinatario único ni en lo que se refiere a haber sido dictado en atención a un supuesto de hecho concreto. Y además, el contenido autoaplicativo impide sin más obtener tutela jurisdiccional, pero el contenido referido a su naturaleza de norma de destinatario único y de supuesto de hecho concreto incide sin justificación alguna en la tutela judicial que cabe recabar, porque el rango legal de la norma blinda su impugnación así como la de muchas eventuales actuaciones posteriores.

Obviamente lo que no cabría en un amparo directo frente a un decreto-ley singular sería alegar vulneraciones constitucionales que no lo sean de derechos fundamentales. Típicamente habría de quedar fuera la eventual vulneración del artículo 86 CE por falta de presupuesto habilitante, esto es, por inexistencia de la «*extraordinaria y urgente necesidad*». No obstante, la alegación de la falta de razón alguna para dictar un decreto-ley en vez de elaborar un proyecto de ley y someterlo al Parlamento puede resultar relevante a los efectos de justificar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Tampoco cabrían otras alegaciones de vulneraciones constitucionales, como, por ejemplo, las de título competencial, las de exceso de normativa básica, las de retroactividad y seguridad jurídica, o las de sostenibilidad presupuestaria, entre otras concebibles.

IV. Decreto-ley singular y tutela cautelar

¿Cabe la tutela cautelar frente a un decreto-ley singular? Porque lo cierto es que, después de todo lo dicho hasta aquí, advierto al lector de que admitir el amparo directo frente a un decreto-ley singular e impedir la tutela cautelar del afectado haría en muchos casos que lo primero no sirviera para nada. En no pocos casos imaginables si no se

suspende a la mayor brevedad la eficacia del decreto-ley singular se producirán perjuicios irreparables para el afectado que harán perder al amparo su legítima finalidad y que no se podrá producir con la estimación del amparo un genuino restablecimiento en la integridad del derecho fundamental vulnerado. En todo caso, no cabe negar que la tutela cautelar en estos casos tiene sus aristas o especificidades, sobre todo, obviamente, la fuerza de ley de la disposición.

Parto —sin entrar en su descripción— del lógico y debido conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la medida cautelar de suspensión prevista en el artículo 56 LOTC, esto es, que se trata de una medida excepcional y de aplicación restrictiva; que la protección del interés general que subyace a la ejecutividad de los actos administrativos y de las resoluciones judiciales solo debe ceder en los supuestos en que, de no acordarse la suspensión, el amparo perdería su finalidad; que solo procede la suspensión de aquellos pronunciamientos que no admiten la reparación o la restitución íntegra de lo ejecutado; y que los perjuicios de carácter patrimonial o económico no pueden considerarse causa suficiente para acordar la suspensión, salvo que se trate de perjuicios económicos difícilmente reparables por su entidad o por la irreversibilidad de las situaciones que pudieran producirse (entre otros muchos, AATC 366/2005 y 199/2010).

Señalé al argumentar la admisibilidad de un amparo directo frente a decretos-leyes singulares que uno de los fundamentos para realizar una interpretación del artículo 43 LOTC conforme a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva era la de que el amparo directo era la forma de permitir, en su seno, una genuina tutela cautelar frente a la norma legal singular. Dije también que convenía no confundir ambos aspectos, aunque están estrechamente relacionados. Pues bien, antes de deslindar debidamente ambos aspectos convendrá señalar en qué están íntimamente relacionados. Porque si especial es el planteamiento de la admisibilidad del amparo directo frente a decretos-leyes singulares, especial ha de ser el planteamiento de la tutela cautelar. Ya que la necesidad de la tutela cautelar, como digo, está en la base misma de la necesidad del amparo directo. Señalé al argumentar sobre la admisibilidad de este amparo directo que la única manera de que pueda llegar a haber una tutela judicial efectiva si se estima la inconstitucionalidad de la norma legal singular es que el Tribunal Constitucional pueda acordar medidas cautelares en las que *levantar el velo* de la fuerza de ley, esto es, en que se prescinda del rango legal de la norma singular.

Dicho de otro modo, empezaré por señalar lo obvio: si el Tribunal Constitucional se detiene en el rango legal de la norma, seguramente desestimaré toda solicitud de medidas cautelares. Al fin y al cabo, la suspensión de la eficacia de disposiciones con rango de ley solo se considera expresamente incluida en el artículo 161.2 CE (y en el artículo 62 LOTC). Premisa de una solicitud de suspensión es la idea de que en el caso de un decreto-ley singular el Tribunal Constitucional es el único que puede dar tutela cautelar. Y para ello es necesario *levantar el velo* de la norma singular. El decreto-ley singular que no cumple con las exigencias de la jurisprudencia constitucional no merece otro tratamiento que el del acto administrativo que sería si no se le hubiese dado indebidamente esa fuerza de ley. El Tribunal Constitucional no se ha cansado de afirmar que las leyes singulares *«no constituyen un ejercicio normal de la potestad legislativa»*.

Si se me permite, en muchas ocasiones constituyen un ejercicio extremadamente anormal. Y señeramente dentro del espectro de la anormalidad esta es máxima en el caso de los decretos-leyes singulares. Hay que penetrar en la esencia del asunto. Llegar hasta el fondo. Si la norma singular puede acabar siendo reputada como un acto administrativo disfrazado, brindarle *deferencia* en sede cautelar es sin más blindar la decisión que con ella se toma. Ese enfoque nos devuelve a la inconstitucionalidad del artículo 43 LOTC. O si se prefiere, ningún sentido tendría admitir y tramitar un amparo directo frente a un decreto-ley singular para luego rechazar de plano la posibilidad de suspender su eficacia. O aún más: la verdadera virtualidad práctica y real de esta vía del amparo directo es la posible tutela cautelar. Sin ella, el amparo puede en muchos casos carecer de sentido (salvo que la estimación se produjera antes de que el perjuicio fuera irreparable, cosa más que improbable). E insisto: sin cautelares se legitima el uso torticero de decretos-leyes singulares. La debida *intensidad* del control jurisdiccional en sede cautelar frente a normas legales singulares solo la puede dar el Tribunal Constitucional. Si no se acepta esto, no solo, como digo, casi todo amparo de este tipo carecerá de virtualidad real, sino, trascendiendo el caso, la jurisprudencia constitucional sobre leyes singulares será en muchos casos papel mojado.

El artículo 56.1 LOTC no restringe el objeto posible de la suspensión, puesto que se refiere al «acto o sentencia impugnados». El término «acto» es de la mayor amplitud. No pretendo con lo anterior que el Tribunal Constitucional prejuzgue y anticipe el fallo por vía cautelar. Sí que obviamente tendrá que hacer, para acordar una medida cautelar, un juicio provisional e indiciario favorable a la posición del recurrente. Así, el Tribunal puede juzgar la existencia de *fumus boni iuris* y, sobre todo, hacer una ponderación entre el interés general y los perjuicios irreparables que se causarán al recurrente, en los mismos términos en que lo haría si las decisiones del Ejecutivo no estuvieran indebidamente blindadas en un decreto-ley.

EL PRIMER JUEZ CONSTITUCIONAL¹

ENRIC FOSSAS ESPADALER
Catedrático de Derecho Constitucional

I. Introducción

El estudio de los requisitos personales y profesionales que deben reunir los jueces constitucionales no es un tema que haya merecido especial atención por parte de la literatura sobre la jurisdicción constitucional. Tampoco ha suscitado gran interés el perfil de los magistrados que componen los Tribunales Constitucionales, el cual se ha ido dibujando en cada país a lo largo del tiempo. Se trata sin duda de uno de los elementos definidores de la identidad de esos tribunales pues a nadie escapa que las instituciones dependen esencialmente de las personas que las integran, así como de la percepción que sus miembros tienen de aquéllas. Ésta es la principal tesis que sostiene G. Zagrebelsky en su conocida obra *Principios y votos*, donde afirma que la vida del Tribunal Constitucional (refiriéndose al italiano) depende más de los jueces que de las reglas a las cuales están sometidos pues aquéllos «son la institución y la hacen ser como es»². El conocimiento de la historia de los Tribunales demuestra que el perfil de los jueces constitucionales se ha configurado solo parcialmente mediante normas escritas, pues junto a éstas han sido determinantes el contexto histórico, la cultura política y jurídica de cada país, así como los acuerdos, las convenciones y las prácticas que a menudo se remontan a su creación.

Esta contribución quiere fijarse en el momento inicial de los tribunales, el cual ha coincidido normalmente con un proceso constituyente, una transición política o el período fundacional de un nuevo régimen. La composición de una institución que ve la luz por primera vez en alguna de estas circunstancias dice mucho acerca de las orientaciones e intenciones de sus fundadores, y de los propósitos de aquéllos que llevaron a cabo la designación de sus miembros. Las páginas que siguen son un primer estudio del perfil de los magistrados presentes en ese período fundacional para conocer las reflexiones, las normas y las prácticas que condujeron a su elección. No es pues un trabajo dedicado a especular sobre el juez constitucional en abstracto, ni pretende establecer las característi-

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «La evolución del Tribunal Constitucional y la construcción de su identidad institucional» (Ministerio de Ciencia e Innovación, 4749124370-124370-4-21). IP: profesora Marian Ahumada (Universidad Autónoma de Madrid). Una primera versión del mismo se publicó en la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, número 53. Quiero agradecer a la profesora Ahumada, y a los profesores Miguel Beltrán, Manolo Cachón y Víctor Ferreres sus comentarios y sugerencias. Esta contribución es una muestra de afecto y reconocimiento al profesor Javier Jiménez Campo, al que siempre agradeceré su generosidad intelectual y personal durante los años inolvidables en que serví como Letrado del Tribunal Constitucional.

² Gustavo Zagrebelsky, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Trotta, Madrid, 2008, p. 12.

cas que deberían definirlo idealmente. Su propósito es mucho más modesto puesto que solo pretende conocer el perfil profesional y personal del que llamo «primer juez constitucional», empezando por el Tribunal Constitucional austríaco de Hans Kelsen, el más destacado en la formación del sistema europeo de control de constitucionalidad.

Junto a éste, en el que históricamente encontraríamos a los genuinos primeros jueces constitucionales, la investigación ha querido dirigir su mirada a otros tres Tribunales que, a pesar de no ser propiamente los primeros de cada país, sí nacieron con el establecimiento de un nuevo régimen político por obra de una Constitución que rompía con el sistema anterior. Alemania, Italia y España contaban, respectivamente, con alguna forma más o menos desarrollada de justicia constitucional antes de sus primeros Tribunales Constitucionales: la experiencia y los proyectos de Weimar, la Alta Corte para la Región de Sicilia junto a un incipiente control difuso, y nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República. Pero tales experiencias, en circunstancias diversas, y por motivos también distintos, no tuvieron continuidad. De modo que en esos tres países, el Tribunal Constitucional se creó *ex novo* por una decisión del constituyente y en el contexto de la creación de un nuevo orden constitucional democrático tras conflictos bélicos y regímenes autoritarios. Es en este sentido, en tanto que tribunales nacidos en un momento fundacional, que hemos considerado a los miembros de estos tribunales como «primeros» jueces constitucionales. Los Tribunales de Alemania e Italia desempeñaron un papel fundamental en los respectivos procesos políticos de transición democrática desarrollados en cada país tras la II Guerra Mundial. Ambos vieron la luz en períodos constituyentes que alumbraron un nuevo régimen democrático, en el que desempeñaron una función «política» como poder legitimador de la Constitución y de los nuevos valores constitucionales, una tarea que difícilmente podía encomendarse a los tribunales ordinarios, y de ahí que el reclutamiento de los jueces constitucionales fuera distinto al de aquéllos³. El Tribunal español, por su parte, se inspiró en los dos anteriores, y jugó también un papel relevante durante la transición política tras la larga dictadura franquista. Los tres tribunales, en todo caso, realizaron una función que facilitó la transición a la democracia aportando un sistema pacífico de resolución de conflictos a la luz de un pasado autoritario y violento, un mecanismo purificador de los elementos autoritarios de las leyes, y el establecimiento de una nueva retórica para legitimar al Estado basada en el respeto a los valores democráticos y los derechos fundamentales⁴.

II. El Tribunal Constitucional de Kelsen: políticos y especialistas eminentes

En consonancia con el carácter regulado y positivizado del sistema europeo de control de constitucionalidad, el perfil del juez constitucional en el continente —en contraste

³ María Ángeles Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 45.

⁴ A. Stone, «Constitutional Courts», en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Michel Rosenfeld y Andrea Sajó (eds.), Oxford University Press, Londres, 2013, p. 827.

con el juez americano— se encuentra predeterminado por normas constitucionales y legales, aunque junto a ellas existen también prácticas y convenciones asentadas en los distintos países que han contribuido a dibujarlo. Conviene acudir a los momentos fundacionales del sistema para conocer esas normas y las ideas que las inspiraron. Dejaremos de lado los Tribunales de Checoslovaquia, Liechtenstein y España, para centrarnos en el de Austria, en cuyo diseño y puesta en marcha intervino activamente Hans Kelsen.

En su conocido artículo «*La garantie juridictionnelle de la Constitution*» (1928), el gran jurista reflexionó —entre otros aspectos de la justicia constitucional— sobre las características del órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales que, a pesar de ser un legislador negativo, debía ser a su juicio un tribunal independiente del Parlamento y del Gobierno. Al adentrarse en la organización de la jurisdicción constitucional, Kelsen afirma que ésta deberá adaptarse a las particularidades de cada Constitución, aunque existen consideraciones de carácter general, entre otras, las relativas al número de magistrados, los métodos de selección, y también al perfil de los mismos. El pasaje dedicado a este último extremo⁵, incluso en su traducción al español⁶, puede dar pie a varias interpretaciones. No hay duda de que el autor considera de la mayor importancia «conceder a los juristas de profesión una presencia adecuada en la composición» del tribunal, puesto que la integración de «especialistas eminentes» reforzaría su autoridad. Asimismo, estima importante «excluir de la jurisdicción constitucional a los miembros del Parlamento o del gobierno».

Sin embargo, Kelsen admite que es «tan difícil como deseable excluir de la jurisdicción de la jurisdicción constitucional toda influencia política», y dado que existe el peligro de que los especialistas puedan dejarse determinar por consideraciones políticas, entonces es preferible aceptar la participación de los partidos políticos en la formación del Tribunal —en función de la fuerza de cada uno en el Parlamento— antes que una influencia oculta de aquéllos. En este punto, el eminente jurista parece admitir la presencia en el Tribunal de dos clases de miembros, que colaborarían entre sí: los «llamados a defender intereses propiamente políticos», y los «especialistas (que) pueden atender a consideraciones puramente técnicas». Sea o no correcta esta interpretación de sus palabras, la puesta en marcha del Tribunal Constitucional austríaco, en la que Kelsen participó activamente, confirmaría de forma directa y personal las consecuencias de la inevitable politización en la primera experiencia de la jurisdicción constitucional en Europa. Como se verá, el resultado paradójico fue que la influencia política de los partidos se mostró perfectamente compatible con un perfil de juez constitucional definido como eminente jurista de profesión.

La Constitución austríaca de 1920 creó el Tribunal Constitucional (art. 140), sucesor del Tribunal Constitucional provisional de la nueva República (1919), a su vez sucesor del *Reichsgericht* del siglo XIX. El nuevo tribunal heredó las funciones del Tribunal imperial, a las que sumó el control de la constitucionalidad de las leyes federales, inaugurando así el modelo de control concentrado o kelseniano. La ley fundamental

⁵ Hans Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1928, 45, p. 227.

⁶ Hans Kelsen, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, pp. 109-155.

austríaca regulaba la composición y elección de los miembros del Tribunal Constitucional por parte de las dos Cámaras —Consejo Nacional y Consejo Federal (art. 147)— que tenían carácter vitalicio, pero no determinaba el número de jueces, que se fijó en la Ley sobre organización y funcionamiento del Tribunal, de 1921: doce titulares y seis suplentes, además del Presidente y el Vicepresidente. Ni la Constitución ni la ley rectora del Tribunal establecían el requisito de haber ejercido una profesión jurídica. La composición del Tribunal Constitucional creado por la Constitución fue resultado de la elección de los miembros por las dos Cámaras, efectuada en julio de 1921, cuyo resultado prácticamente confirmó la composición del Tribunal provisional de 1919, el cual a su vez mantenía gran continuidad con el *Reichsgericht*.

Los primeros miembros de ese Tribunal Constitucional fueron juristas, algunos de reconocido prestigio, como su Presidente, Paul Vittorelli, que había sido Presidente del Tribunal de Ejecución y del Tribunal Penal de Viena, y posteriormente (1918) Ministro de Justicia en el llamado «Ministerio de Liquidación» —en el último Gobierno de la Monarquía, siendo Ministro-Presidente Heinrich Lammash— que se encargó de administrar la disolución del Imperio austro-húngaro. El mismo Han Kelsen, que había accedido a la cátedra en la Universidad de Viena en 1919, intervino en los distintos momentos del proceso constituyente austríaco iniciado en 1918⁷, a instancias del Canciller socialdemócrata de la I República de Austria, Karl Renner, al que le unía una relación de amistad, así como una clara sintonía política⁸. El jurista tenía cuarenta años cuando fue nombrado magistrado en 1921. Otros miembros del Tribunal eran jueces de diversas jurisdicciones, como Friedrich von Engel o Karl Pawelka; había también abogados, como Gustav Harpner; y algunos tenían una conocida militancia política, como el socialcristiano Rudolf Ramek o el antisemita Julius Sylvester⁹.

Precisamente uno de los propósitos de la posterior reforma constitucional de 1929 —junto con la transformación presidencialista de la República— fue disminuir la influencia de los partidos políticos en la composición del Tribunal, aunque el resultado final fue el contrario al anunciado. El nuevo art. 147 de la Constitución fijaba ahora el número de miembros: Presidente, Vicepresidente, doce titulares y seis suplentes. La mitad (seis titulares y tres suplentes) eran propuestos por las dos Cámaras al Presidente de la República en forma de ternas, mientras la otra mitad los proponía el Gobierno, al igual que el Presidente y Vicepresidente, con lo cual se producía un claro desequilibrio en favor del Ejecutivo, entonces socialcristiano. La reforma «constitucionalizaba» el perfil de los jueces constitucionales en diversos aspectos. En el profesional, exigiendo como requisitos que los candidatos propuestos por el Gobierno fueran «magistrados, funcionarios administrativos o catedráticos de las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas». El Presidente y el Vicepresidente, así como los demás miembros titulares y suplentes, debían tener terminados los estudios de Derecho o de Ciencias Políticas, y «haber ejercido durante al menos diez años una profesión o cargo en el que se exigiera

⁷ Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. CEC, Madrid, 1987, pp. 246-262.

⁸ Hans Kelsen, *Autobiografía*, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 118 y 130.

⁹ https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/geschichte/former_members_1919-1934.en.html.

tales titulaciones» (art. 147.3). Nótese pues que la Constitución no exigía que todos los magistrados fueran juristas, y que solo una parte de éstos debían ser jueces, funcionarios y profesores, aunque estas tres categorías conformaron el perfil de la mayoría de los miembros del primer Tribunal. En el aspecto político, se generalizaban las incompatibilidades de los magistrados con el cargo de miembro del gobierno o del parlamento, tanto federal como estatal; y también con el desempeño de funciones en los partidos políticos (art. 147.4). En el aspecto personal, se eliminaba el carácter vitalicio del cargo, cuyo mandato debía finalizar al cumplir el magistrado los setenta años.

Como se ha avanzado, aunque la reforma pretendía consolidar un perfil profesional de los jueces constitucionales, y evitar así la politización del Tribunal, lo cierto es que su motivación fue claramente política pues tuvo su origen en el conflicto originado por el caso de las «dispensas matrimoniales», que enfrentó al Tribunal con el partido Socialcristiano (mayoritario junto con los nacionalistas alemanes), el cual desató junto a la Iglesia Católica una sonora campaña contra el órgano jurisdiccional¹⁰. Tal como explicó el mismo Kelsen en su *Autobiografía*¹¹, el plan del Gobierno era «disolver el Tribunal existente» y reemplazarlo por otro con miembros afines a la mayoría gubernamental, lo cual se llevó efectivamente a cabo mediante la Ley de transición de 1930, que cesó a todos los miembros del primer Tribunal, incluido el propio Kelsen. Éste rechazó ocupar en el nuevo Tribunal uno de los dos puestos (de catorce) que el Gobierno había garantizado al Partido Socialdemócrata. Así pues, el artífice del Tribunal Constitucional, que había concebido los mecanismos para su despolitización, comprobó en su persona los efectos de su total politización en manos de los partidos.

El nuevo Presidente del Tribunal Constitucional fue Ernst Durig, que había sido Ministro de Justicia en la Viena imperial y Presidente del Tribunal Superior de Innsbruck. Tras la «desactivación» del Tribunal en 1933 por parte del gobierno dictatorial del Canciller Dollfus, Durig aceptó la Presidencia del nuevo Tribunal Federal —que asumía las funciones del Tribunal Administrativo y del Tribunal Constitucional— creado por la Constitución autoritario-corporativa de 1934, en vigor hasta la anexión alemana de Austria (*Anschluss*) en 1938. Después de la Guerra se restableció la Constitución de 1920 (en la versión de 1929) y se restauró el Tribunal Constitucional (1945), en el que el mismo Durig volvió a ser su Presidente. Fue sucedido en 1946 por Ludwig Adamovich senior, Rector de la Universidad de Viena, que ya había sido nombrado también en 1930. En esa renovación fueron asimismo nombrados otros reputados juristas. El Vicepresidente Georg Froehlich, que fue jefe del Departamento constitucional en la Cancillería Federal y uno de los padres de la Constitución, autor de importantes obras de Derecho Constitucional en colaboración con Kelsen, Merkl y Adamovich. Y Adolf Pilz, que había sido Gobernador de Distrito, posteriormente (1936) nombrado Minis-

¹⁰ La I República no modificó la indisolubilidad del matrimonio. Kelsen defendió, como magistrado, la prerrogativa de la «dispensa» (consistente en autorizar el matrimonio a personas que ya se habían casado), que habían mantenido los presidentes de los Länder, sosteniendo que tales decisiones no podían ser anuladas por los tribunales ordinarios. Por ello fue objeto de ataques, a menudo muy groseros. *Vid.* Josu de Miguel Bárcena y Javier Tajadura Tejada, *Kelsen versus Schmitt. Política y Derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar ed., Madrid, p. 32.

¹¹ Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 147.

tro de Justicia por el canciller austro-fascista Schuschnigg, sucesor de Dollfuss, aunque fue expulsado de la función pública por el régimen nazi.

III. Alemania: juristas y políticos sin mácula nazi

Tras el momento fundacional kelseniano, fugaz y accidentado, el sistema europeo de control de constitucionalidad se expandió después de la II Guerra Mundial en sintonía con la progresiva instauración del constitucionalismo democrático en el Continente. En sucesivas olas se crearon los Tribunales Constitucionales de Alemania e Italia en los años cuarenta —y posteriormente el Consejo Constitucional francés—, a los que siguieron los de Portugal, España y Bélgica en los setenta, y finalmente surgieron numerosos Tribunales en los países de la Europa del Este durante los ochenta y noventa tras la caída de los regímenes comunistas.

Los Tribunales Constitucionales de Alemania e Italia siguieron el esquema del sistema austriaco, corregido, enriquecido y adaptado a cada país. Asimismo, tal como se ha señalado, desempeñaron un papel fundamental en los respectivos procesos políticos de transición democrática desarrollados en cada país. En el caso de Alemania, el Tribunal debía ejecutar una Constitución democrática en una sociedad con una cultura política sumamente anti-democrática. El desafío era implementar los valores liberales y democráticos, y se daba la oportunidad de establecer un control de constitucionalidad sin tener que defender su legitimidad. El régimen nazi había destruido el principio democrático y el Estado de Derecho, y el Tribunal tenía la misión de restaurar ambos principios, empezando por el último. En los primeros tiempos, cuando el Tribunal de Karlsruhe trabajó en esta tarea, los ciudadanos empezaron a verlo como una «precondición necesaria para la democracia»¹². Tras la catástrofe nazi, la misión histórica de los primeros jueces en la nueva República federal no fue solo la de ser los «guardianes de la Constitución» (*Hüte der Verfassung*) sino que tenían como propósito «reconstruir la democracia a través del Derecho»¹³.

Por diversos motivos históricos, la instauración de la jurisdicción constitucional en Alemania después de la II Guerra Mundial no fue objeto de grandes discusiones en los debates constituyentes llevados a cabo en el Consejo Parlamentario¹⁴. La Ley Fundamental de Bonn de 1949 diseñó un Tribunal poderoso competencialmente, que adquirió además una inmensa autoridad por sus primeras actuaciones en la vida política de la nueva República, llamada a menudo la «República de Karlsruhe». La Constitución, en su redacción original, era lacónica al referirse a la composición del TC pues se limitaba a establecer que aquél se integraba de «magistrados federales y de otros miem-

¹² J. Collings, *Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court, 1951-2001*, Oxford University Press, New York, 2015, p. 2.

¹³ A. Gaillet, A., *La Cour constitutionnelle fédérale allemande. Reconstruire une démocratie par le droit (1945-1961)*, Ed. La Mémoire du Droit, Paris, 2021, p. 35.

¹⁴ C. Schoenberger, «The Establishment of Judicial Review in Postwar Germany», en *The Political Origins of Constitutional Courts. Italy, Germany, France, Poland, Canada, United Kingdom*, Pasquale Pasquino y Francesca Billi (eds.), Fondazione Adriano Olivetti, 2009, p. 77.

bros» (art. 94.1 LFB), los cuales debían ser elegidos por mitades por las dos Cámaras (*Bundestag* y *Bundesrat*), a las que no podían pertenecer (ni tampoco podían ser miembros del Gobierno ni de los órganos correspondientes de los *Länder*). El mismo precepto remitía a una Ley federal para regular «su organización y procedimiento» (art. 94.2 LFB), y así lo hizo la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal —aprobada en marzo de 1951— que concretó numerosos aspectos, entre ellos algunos relativos al perfil de los magistrados.

En efecto, esa primera ley rectora del Tribunal no solo fijó el número de magistrados (veinticuatro, divididos en dos Senados), y la duración del mandato (doce años, con posible reelección y límite hasta los sesenta y ocho), sino que estableció la edad mínima en cuarenta años, y concretó su calificación profesional. Cada Senado debía integrar a 4 jueces, que eran elegidos entre los jueces de los cinco tribunales supremos de la Federación, mientras que los «otros miembros» (en la primera redacción) «debían reunir las condiciones exigidas para la función de juez o las exigidas para ejercer una función administrativa superior [...] destacando por los conocimientos específicos en Derecho Público y por su experiencia en la vida pública» (art. 3.2). Esta disposición permitió una gran diversidad en el perfil de los primeros magistrados, si bien se reformó en 1962 para exigir también a los «otros miembros» las condiciones requeridas para ser juez —suprimiendo las demás posibilidades— con el propósito de difuminar la distinción inicial entre juristas y políticos.

El primer Tribunal, que inició su andadura en el mes de septiembre de 1951, se eligió bajo el mandato del primer gobierno de coalición entre la democracia cristiana (CDU y sus socios bávaros), los liberales (FPD) y el partido nacionalista alemán (DP), presidido por el Canciller Konrad Adenauer. Los candidatos fueron clasificados entre los gubernamentales y los de la oposición, y fueron elegidos por el Pleno del *Bundesrat* y por un Comité electoral del *Bundestag*, integrado por doce delegados elegidos en proporción a la representación parlamentaria. Este sistema de elección indirecta y bajo confidencialidad, que rigió hasta 2015, se adoptó precisamente para evitar el debate público sobre los candidatos y las disputas partidarias sobre sus cualidades personales¹⁵.

Como se ha señalado, el perfil de los primeros magistrados era variado desde el punto de vista profesional: seis políticos, un alto funcionario, un diplomático, cuatro profesores de Derecho, y ocho jueces procedentes de los tribunales supremos de la Federación. Pero más allá de esta diversidad de procedencias, todos ellos compartían la historia de la Alemania de principios del siglo xx: la experiencia de Weimar, el dominio nazi y la catástrofe de la posguerra. Y todos se aferraban a su misión histórica (y política) de construir una identidad institucional para nuevo Tribunal de Karlsruhe¹⁶. Al contrario de lo que ocurrió con los jueces ordinarios, ninguno de ellos estaba manchado por la colaboración con los nazis¹⁷; es más, la mayoría de ellos había sufrido en su carrera y en su misma persona las

¹⁵ K. Stüwe, K.: «The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court. Selection, Nomination, and Election of Justices», en *Constitutional Courts in Comparison, The US Supreme Court and the German Federal Court*, Ralf Rogowski- Thomas Gawron (eds.), Berghahn Books, New York, 2016, p. 236.

¹⁶ A. Gaillet, *op. cit.*, p. 190.

¹⁷ J. Collings, *op. cit.*, p. 6.

injusticias del régimen de Hitler. Gerhard Leibholz, líder intelectual del primer Tribunal y destacado jurista de la República de Weimar, perdió su cátedra en 1935 debido a su ascendencia judía. Rudolf Katz, que era Vicepresidente del Tribunal y también judío, emigró a los Estados Unidos después de la toma de poder de los nazis. Erna Scheffler, la única mujer en el primer Tribunal, perdió su condición de juez tras las leyes raciales de Núremberg. Erwin Stein ejerció varios cargos como letrado en la Administración y Juez en el Land de Hesse hasta 1933, en que fue forzado a dimitir porque su mujer, que acabó suicidándose, era judía. Martin Drath, fiel militante del SPD y ayudante de Herman Heller, fue un destacado jurista de la época de Weimar pero se vio obligado a trabajar en modestos puestos administrativos en la época nazi. Wilhelm Ellinghaus perdió su puesto de funcionario mientras Julius Federer dejó el Ministerio de Justicia por razones de conciencia tras la toma del poder por los nazis. Ernst Friesenhahn, alumno de Carl Schmitt, aunque simpatizó inicialmente con los nazis, vio truncada su carrera académica por su posterior distanciamiento con el régimen. La única excepción a este perfil dominante de juez con credenciales antinazis fue la de Willie Geiger, jurista de varias facetas, entre otras la de Fiscal y Presidente del Tribunal de Excepción de Bamberg (entre 1941 y 1943), que dictó diversas sentencias condenando a la pena de muerte. Geiger se unió en 1934 a la Asociación Nacional Socialista de Profesiones Legales y en 1938 inició su militancia en el Partido. Dispensado en el proceso de desnazificación, fue colaborador de Thomas Delhler, el Ministro de Justicia del FPD en el gobierno Adenauer, e incluso participó en los trabajos preparatorios de la Ley del Tribunal Constitucional, en el que sirvió como juez durante veintiséis años.

Debe finalmente mencionarse al primer Presidente del Tribunal, Hermann Höpker-Aschoff, el juez de mayor edad (sesenta y seis años), un político berlinés del FDP, antiguo Ministro de Finanzas en Prusia, parlamentario del *Reichstag* en Weimar, y miembro del Consejo Parlamentario que elaboró la Ley de Bonn conocido como el «padre de la Constitución económica». Tenía formación jurídica y fue profesor en la Universidad de Bonn. Höpker-Aschoff, amigo también del Ministro Thomas Delhler, aceptó el cargo sin entusiasmo y casi en su contra después de que otros candidatos declinaran. Cedió a las presiones de Adenauer, quien le propuso inicialmente aunque posteriormente se retractó y finalmente volvió a pedirle que aceptara, en un episodio algo rocambolesco dominado por los cálculos políticos.

IV. Italia: el Estado Mayor político-administrativo y los juristas políticos

Al igual que Alemania, Italia aprobó tras su derrota en la II Guerra Mundial una nueva Constitución elaborada en 1947 por la Asamblea Constituyente, que establecía una «República democrática fundada en el trabajo» (art. 1). Se rompía así con dos décadas del régimen fascista liderado por Mussolini, si bien la creación de la nueva forma de Estado tuvo lugar propiamente con el referéndum de 1946, en el que una mayoría de ciudadanos votó por el final de la Monarquía.

Durante los debates en la Asamblea constituyente, y en la previa *Comissione Forti*, se pusieron de manifiesto las posiciones contrarias al establecimiento de un órgano de con-

trol de la constitucionalidad de las leyes, expresadas por diversas fuerzas políticas, tanto liberales como de izquierda¹⁸; y se descartó un modelo difuso de control para optar finalmente por la Corte Constitucional siguiendo el sistema de control concentrado. La Constitución situó a la Corte en una Sección Primera del Título VI, «De las garantías constitucionales», fijando sus competencias y su composición, pero con una doble remisión para su regulación: al legislador constitucional, para establecer las modalidades de acceso; y al legislador ordinario, para las demás normas relativas a su constitución y funcionamiento (art. 137). En cuanto a su composición, disponía que el Tribunal se integraba de quince jueces nombrados por tercios: uno por el Presidente de la República, otro por el Parlamento en sesión conjunta, y el tercero por las supremas magistraturas ordinaria y administrativa. Todos por un período de doce años, sin posible reelección (art. 135). En el mismo precepto se establecían los requisitos profesionales y académicos que debían reunir los jueces de la Corte: magistrados, incluso jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinarias y administrativa; profesores *ordinari* de Universidad (catedráticos) en disciplinas jurídicas; y abogados con veinte años de ejercicio. La Constitución predeterminaba pues un perfil profesional de los jueces constitucionales como juristas de diversa procedencia (la judicatura, la academia y la abogacía) y con una alta calificación (por la jerarquía de los tribunales, la categoría universitaria y los años de ejercicio). Y en función de los órganos proponentes, también se prefiguraba una composición mixta entre el bloque técnico-jurídico (magistraturas) y el político-institucional (Parlamento), reequilibrados políticamente y profesionalmente (Presidente de la República).

El retraso en la puesta en marcha de la Corte italiana fue aún mayor que en Alemania, pues aquella estuvo «congelada» casi ocho años. Debido al obstruccionismo practicado por la mayoría que tenía entonces la Democracia Cristiana en el Parlamento, y a la falta de acuerdo de los partidos sobre la fijación del *quorum* para la elección —además de los nombres de los primeros magistrados— no fue hasta el final de la I Legislatura que se aprobaron la ley constitucional (n. 1/1953) y la ley ordinaria (n. 87/1953), previstas en el art. 137 CI. Y hubo que esperar a la II Legislatura para completar los nombramientos parlamentarios, de tal forma que la Corte inició sus trabajos en abril de 1956. Poco añadían las dos leyes sobre los requisitos de los candidatos, aunque la ley ordinaria concretaba la forma de elección de los cinco magistrados por parte de las «supremas magistraturas» (art. 2), disponiendo que aquella correspondía a tres colegios formados, respectivamente, por miembros de la Corte de casación (que designaba tres jueces), el Consejo de Estado y el Tribunal de Cuentas (un juez cada uno). Si bien la ley no lo exigía, desde la primera elección se instauró la práctica de que cada colegio escogiera a miembros *del* propio colegio, es decir de cada magistratura, pese a poder proponer a profesores o abogados¹⁹.

En cuanto a la elección de los magistrados por el Parlamento en sesión conjunta, la ley núm.87 (no la Constitución) fijaba una mayoría de tres quintos de la Asamblea

¹⁸ G. D'Orazio, G., *La genesi della Corte Costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981, pp. 108 y ss; M. Angelici, *La Giustizia Costituzionale*, Giuffrè Ed., Milano, 1974, p. 95.

¹⁹ R. Romboli, *La justicia constitucional en Italia*, Valencia: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 40.

en un primer escrutinio, y la de tres quintos de los votantes en los siguientes, *quorum* que fue modificado en 1967. Ya en la primera elección parlamentaria se instauró una convención, que duró hasta los años noventa, según la cual correspondía a la Democracia Cristiana la propuesta de dos jueces, uno al Partido Comunista, uno al Partido Socialista, y uno al Partido Republicano (posteriormente a uno de los partidos laicos minoritarios)²⁰.

Los primeros jueces elegidos fueron los de las magistraturas superiores: Emanuele Piga, Ernesto Battaglini y Giacomo Russo por la Corte de Casación; Antonio Papaldo por el Consejo de Estado; y Augusto Ortona por el Tribunal de Cuentas. Todos ellos eran miembros de las instituciones que les nombraron y ofrecían un perfil similar: magistrados en la cúspide de su carrera, no politizados pero sí con implicación en las nuevas instituciones republicanas (Piga fue miembro de la *Comissione Forti*), presentes en numerosas comisiones ministeriales formando parte del «estado mayor político-administrativo»²¹.

Los cinco jueces de origen parlamentario fueron escogidos después de las elecciones de 7 de junio de 1953, que dieron el siguiente resultado, sumando las dos Cámaras: 383 diputados y senadores de centro, 290 de izquierda y 78 de derecha. Dado el desacuerdo entre los partidos, incluso sobre la necesidad de la mayoría cualificada prevista en la ley, no fue hasta noviembre que se produjo la elección de los candidatos después de ocho votaciones en la sesión conjunta de ambas Cámaras, y siguiendo la citada convención: dos propuestos por la Democracia Cristiana, Gaspare Ambrosini y Giuseppe Cappi; uno por el PSI, Mario Bracci; uno próximo al PCI, Nicola Jaeger; y uno, el mismo Secretario del Partido Liberal, Giovanni Cassandro. Las biografías de los magistrados electos muestran también un perfil similar: cuatro de ellos eran catedráticos de Derecho (Constitucional, Administrativo, Procesal e Historia), y uno abogado. Tres de ellos fueron miembros de la Asamblea Constituyente (Ambrosini, Bracci y Cappi), y la mayoría habían tenido cargos políticos: parlamentarios, ministros y dirigentes de partido.

Inmediatamente después de la elección parlamentaria, el Presidente de la República, el demócrata-cristiano Giovanni Gronchi, procedió al nombramiento de los cinco magistrados que faltaban: Enrico di Nicola, Gaetano Azzariti, Tomaso Perassi, Giuseppe Capograssi y Giuseppe Castelli Avolio. Con la nómina de los elegidos, el Jefe del Estado pretendía un cierto reequilibrio político: liberales, democristianos y republicanos para compensar los jueces de elección parlamentaria, más de centro-izquierda. El perfil de este grupo también corresponde al de juristas procedentes de la academia o la judicatura, implicados en los trabajos constituyentes, y con una marcado perfil político e institucional. Basta con señalar que di Nicola, penalista de reconocido prestigio y primer Presidente de la Corte, había ejercido numerosos cargos gubernamentales, siendo elegido Jefe de Estado italiano (provisional) por la Asamblea Constituyente, y después Presidente de la República por unos meses tras la aprobación de la Constitución. En

²⁰ E. Malfatti, S. Panizza y R. Romboli, *Giustizia Costituzionale*, G. Giappichelli Ed., Torino, 2007 p. 49.

²¹ F. Bonini, *Storia della Corte Costituzionale*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1996, pp. 93 y ss.

este grupo merece destacarse la figura del napolitano Azzariti, que había aspirado sin éxito a ser propuesto por la Corte de Casación. Con una dilatada carrera judicial, desempeñó varios cargos en el seno de la oficina legislativa del Ministerio de Gracia y Justicia, del que fue nombrado titular en 1943 por Pietro Badoglio, militar de adscripción fascista que sustituyó a Mussolini tras ser derrocado por una fracción del partido. Azzariti fue un antisemita convicto, que fue nombrado Presidente del llamado «Tribunal de la Raza» entre 1939 y 1943, encargado de certificar la no pertenencia a la raza hebrea. A pesar de ello, tras la liberación, en junio de 1944, retomó sus funciones en el Ministerio, formó parte de la *Comissione Forti*, y fue nombrado magistrado de la Corte, que llegó a presidir entre 1957 y 1961. Finalmente, debe señalarse que la primera Corte estaba integrada exclusivamente por hombres, y no fue hasta 1996 que contó con la primera mujer, la abogada Fernanda Contri, nombrada por el presidente de la República.

V. El Tribunal Constitucional de García-Pelayo: los catedráticos de la transición

El Tribunal Constitucional de España se constituyó el 12 de julio de 1980, un año y medio después de la entrada en vigor de la Constitución, aprobada en diciembre de 1978 gracias al consenso alcanzado entre los partidos durante la transición política. Con ella se instauró un Estado Social y Democrático de Derecho equiparable al que ya existía en muchos países europeos después de la II Guerra Mundial, y se puso fin a la larga dictadura del General Franco impuesta tras la Guerra Civil. Siguiendo el ejemplo de las democracias constitucionales, la nueva Carta Magna incorporó la justicia constitucional, dedicando un Título (IX) al Tribunal Constitucional, en el que se establece directamente su composición y funciones, remitiendo a una ley orgánica la concreción de su organización y funcionamiento (art. 165 CE).

La decisión de instaurar un Tribunal Constitucional suscitó pocas discrepancias entre los constituyentes que, inspirados directamente por los Tribunales Constitucionales europeos, especialmente los de Alemania e Italia, mostraron un amplio consenso no solo sobre la incorporación de esta institución en el nuevo régimen político, sino sobre su modelo y características, más allá de algunas diferencias en aspectos concretos. Como escribió F. Tomás y Valiente, desde los primeros pasos del proceso constituyente «pocas instituciones constitucionalizadas en nuestra norma fundamental fueron y son tratadas con tanta, tan noble y tan general preocupación política y técnica como el Tribunal Constitucional»²².

En esta «decisión fundamental» del constituyente poco peso tuvo el único precedente de nuestro país, el Tribunal de Garantías Constitucionales creado en el difícil contexto de la Segunda República, en un momento en el que la jurisdicción constitucional concentrada nacía en Europa. La efímera experiencia republicana se ha venido valorando

²² Francisco Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, CEC, Madrid, 1993, p. 34.

en general de forma negativa debido a los graves defectos en el diseño de la institución, la politización de su composición, el perfil de sus miembros, y el desprestigio en el que cayó por su desafortunada actuación, razones por las cuales no se tomó como un ejemplo a seguir por los constituyentes de 1978. El legislador democrático, surgido de las primeras elecciones celebradas el 1 de marzo de 1979, se apresuró en aprobar con amplia mayoría la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC). Las propuestas de magistrados del primer Tribunal tuvieron lugar en enero y febrero de 1980, a los cinco meses de aprobarse la LOTIC, si bien los dos magistrados del CGPJ no se propusieron hasta noviembre, dado que el Consejo no se había aún constituido. El Tribunal con los diez miembros nombrados se constituyó en julio de 1980, pero no actuó con la totalidad de sus miembros hasta casi dos años después de la aprobación de la Constitución, de tal forma que la «congelación» de nuestro TC fue más breve que en Alemania e Italia.

La nueva Ley fundamental de la democracia estableció la composición del TC, fijando el número en doce miembros: cuatro propuestos por el Congreso, cuatro por el Senado, dos por el Gobierno y dos por el CGPJ (art. 159.1 CE). Y estableció unos criterios sobre su perfil profesional, disponiendo que debían ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, «todos ellos juristas de reconocida competencia» con más de quince años de ejercicio profesional (art. 159.2 CE). En el transcurso de los debates constituyentes se reforzó el perfil de juez «jurista» —al descartarse los profesores de Ciencias Políticas que figuraban en el Anteproyecto— entendido en un sentido muy amplio, pues se incluyó a los funcionarios públicos (Informe de la Ponencia), y se añadió el requisito de la «reconocida competencia», reduciendo de 20 a 15 los años de ejercicio profesional. Por su parte, la LOTIC introdujo el requisito de la nacionalidad española, y añadió que los quince años podían ser también «en activo en la respectiva función» (art. 18).

Ni la Constitución ni la ley rectora fijaron una edad mínima para acceder al puesto de magistrado, ni una edad de jubilación (que sí figuraba en el Anteproyecto), tampoco establecieron cupos o reservas a concretas categorías de juristas, ni determinaron el rango o antigüedad dentro de las respectivas carreras, como se hizo para los Tribunales de Alemania e Italia. La «reconocida competencia», siendo un concepto jurídico indeterminado, permitiría una «aproximación negativa» y una exclusión de los «estados iniciales» en cada carrera²³, pero han sido las convenciones y las prácticas, ya desde el primer Tribunal, las que han concretado los detalles del perfil de magistrado. Como ha explicado el profesor Óscar Alzaga —quien participó directamente en la elaboración de la Constitución y en la tramitación de la ley del Tribunal— los dos principales partidos que negociaron ambas normas (UCD y PSOE) no solo llegaron a un acuerdo sobre el número de miembros del TC, sino que adquirieron un compromiso no escrito de que los doce primeros candidatos consensuados entre ellos serían «juristas de primer nivel de prestigio», lo cual a su juicio se cumplió incluso con los designados por el

²³ Eduardo Espín Templado, «Comentario al artículo 18», en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Juan Luis Requejo Pagès (coord.), TC-BOE, Madrid, 2001, p. 314.

Gobierno y el CGPJ²⁴. De esta forma, las amplias posibilidades que ofrecían las normas constitucionales y legales sobre los requisitos de los candidatos se vieron concretadas por los acuerdos políticos que, en los primeros nombramientos, establecieron unos criterios no escritos sobre el perfil del juez constitucional.

Al igual que en los Tribunales examinados anteriormente, también en el nuestro la elección de los primeros jueces debe enmarcarse en el contexto político del momento. En este punto, cabe recordar que las primeras elecciones legislativas configuraron un Congreso de los Diputados dominado por la UCD (168), seguido por el PSOE (121), el Partido Comunista (23), Coalición Democrática (10), y otros partidos (27) entre los que destacaba CiU (8) y el PNV (7). También en el Senado la UCD ostentaba una amplia mayoría (104), seguido por el PSOE (64). El partido centrista disponía pues de mayoría en las dos Cámaras para la propuesta de los cuatro magistrados que correspondía a cada una —aunque no de los 3/5 exigidos por la Constitución— además de los dos magistrados que debía designar el Gobierno monocolor de UCD. Si bien los nombramientos del Ejecutivo le correspondían a él en exclusiva, la propuesta de los dos miembros obedeció a una negociación política más amplia («paquete») entre UCD y PSOE, según la cual cinco candidatos serían propuestos por el partido del Gobierno, tres por el PSOE, y dos por consenso entre ambos partidos²⁵. Los dos Magistrados propuestos posteriormente por el CGPJ fueron también resultado de un acuerdo entre la tendencia conservadora y la progresista, presentes en el órgano a través de las correspondientes asociaciones de jueces.

Según se desprende de los testimonios de las personas que participaron —directa o indirectamente— en las negociaciones entre centristas y socialistas, la selección de los primeros magistrados que formaban el «paquete» se llevó a cabo bajo un gran consenso, con seriedad y discreción por parte de los dos responsables de la negociación: Gregorio Peces-Barba, diputado del PSOE, y Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona, entonces Subsecretario del Ministerio de Justicia. Como ha explicado este último, en la primera lista de candidatos que el Gobierno trasladó al interlocutor del PSOE primaron dos criterios: ser juristas de prestigio y no manifestar una orientación ideológica muy marcada pero sí democrática, a los que añade la circunstancia de ser personas con una cierta edad pero que no habían participado en la Guerra Civil, a excepción del que sería presidente. Del testimonio de Francisco Rubio Llorente, que da a entender su gran protagonismo en la negociación, también se deduce que los nombres que se barajaban procedían del consenso bipartidista sobre un núcleo de juristas de gran prestigio, la mayoría reconocidos catedráticos de distintas disciplinas jurídicas, próximos a uno de los dos grandes partidos políticos, procedentes de Universidades de Madrid, con relaciones personales entre ellos, y algunos habiendo participado como juristas en los debates constituyentes y en la elaboración de la LOTC²⁶. Los nombres finalmente

²⁴ Óscar. Alzaga Villaamil, «Sobre la composición del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 10-11, 2003, pp. 149-180.

²⁵ J. A. Estrada Marín, *La designación de los Magistrados del Tribunal Constitucional en España. Una perspectiva orgánica y empírica*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 126.

²⁶ Miguel Beltrán de Felipe y Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *Un Tribunal para la Constitución*, Fundación Registral, Madrid, 2017, pp. 44 y 160.

propuestos por cada órgano confirmaron en general este perfil del primer juez constitucional en la España de la transición.

El Gobierno fue el primero en aprobar su propuesta y el 25 de enero de 1980 designó a un juez y a un catedrático: Jerónimo Arozamena y Rafael Gómez-Ferrer. Arozamena tenía 56 años, era Magistrado del Tribunal Supremo y en 1977 fue nombrado Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la recién creada Audiencia Nacional, aunque poco después pasó a desempeñar el cargo de Subsecretario del Ministerio de Trabajo siendo Ministro Manuel Jiménez de Parga. Procedía pues de la judicatura, y por ello desempeñó un papel importante en la puesta en marcha de la organización jurisdiccional del Tribunal en los primeros años, en los que fue su Vicepresidente. En su curriculum figuraba, además, su participación en la elaboración del anteproyecto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Por su parte, Gómez Ferrer, valenciano, era doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia y Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Balear, aunque en el momento de su nombramiento ejercía de Letrado del Consejo de Estado.

El Congreso acordó la propuesta de los cuatro magistrados en el Pleno del 30 de enero de 1980, donde la elección se llevó a cabo siguiendo una Resolución de Presidencia, al no disponer aún de Reglamento parlamentario. Se dio lectura de los candidatos presentados por los Grupos parlamentarios proponentes (UCD, PSOE, Minoría catalana), pero no se informó de los nombres que cada Grupo había presentado para evitar que pudieran tener un sentido «ideológico o político», según acordó la Junta de Portavoces. Ello no impidió saber que UCD había presentado a Rubio Llorente (consensuado con el PSOE) y Aurelio Menéndez, mientras el PSOE presentó a Francisco Tomás y Valiente y Manuel Díez de Velasco. Todos ellos lograron la mayoría de 3/5, no así Ignacio de Gispert, presentado por los nacionalistas catalanes. La exclusión de los otros grupos parlamentarios suscitó algunas protestas de sus representantes, que no votaron a favor de los candidatos de los dos partidos mayoritarios.

La Cámara baja optó por el perfil académico, y en algún candidato además con experiencia institucional. Este es el caso de Rubio Llorente, que había sido Profesor Asociado en el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Venezuela bajo el magisterio de Manuel García-Pelayo, y en ese momento era Profesor Agregado de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense. Además, desde 1968 formaba parte del Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales, había sido Secretario General del Congreso entre 1977 y 1979, y en esa calidad participó como asesor en la Ponencia que redactó el anteproyecto de Constitución. También intervino activamente en los trabajos del anteproyecto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En 1980, a punto de cumplir los cincuenta, era Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, donde se reunieron provisionalmente los diez magistrados nombrados (excepto los del CGPJ), constituidos en «Colegio de Magistrados». Por su parte, Aurelio Menéndez era Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid, considerado un referente de esa disciplina en la que actuó también como abogado. A su perfil académico sumaba su vertiente institucional, dada su buena relación con la Casa Real y su experiencia política al ser nombrado en 1976 Ministro de Educación y Ciencia en el Gobierno de Adolfo Suárez, quien le propuso como magis-

trado con el propósito manifestado, aunque inalcanzado, de que fuera el primer Presidente del Tribunal.

Manuel Díez de Velasco era Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad Complutense, y anteriormente lo había sido en la Universidad de Barcelona y en la Autónoma de Madrid. Su perfil era netamente universitario, habiendo desempeñado numerosos cargos académicos, aunque también había ejercido como abogado desde los años sesenta siendo miembro del Colegio de Abogados de Barcelona. Francisco Tomás y Valiente ofrecía igualmente ese perfil académico pues era Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Salamanca, y no había desempeñado cargos políticos o institucionales con anterioridad.

El Senado procedió a la designación de los cuatro Magistrados en un pleno extraordinario celebrado en la misma fecha que el Congreso. A diferencia de éste, en la Cámara alta sí se conocieron las propuestas de candidatos de los partidos, y el consenso en la elección de los miembros fue aún más extenso pues los cuatro candidatos fueron propuestos no solo por UCD y PSOE sino que también los propusieron los Grupos Socialista andaluz y Catalunya, Democracia i Socialisme. El mencionado «paquete» de los diez magistrados de elección parlamentaria acordado por los dos partidos incluía a Luis Díez-Picazo y Gloria Begué (UCD), Angel Latorre (PSOE), y Manuel García-Pelayo (de consenso).

Manuel García-Pelayo expresaba el consenso entre los dos partidos y simbolizaba en cierto modo el espíritu de la transición pues había sido capitán del Ejército de la República y al terminar la Guerra Civil fue internado en campos de concentración. Tras su puesta en libertad se exilió voluntariamente en Latinoamérica, llegando a ser director del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Central de Caracas, donde formó a numerosos discípulos, entre otros a Rubio Llorente. Allí se encontraba jubilado con 71 años cuando fue convencido para que aceptara ser propuesto magistrado y, posteriormente, presidente del primer Tribunal. García-Pelayo era un «hombre de ciencia» y un hombre «políticamente comprometido» con sus ideas²⁷, pero carecía de experiencia en la vida pública pues se había dedicado exclusivamente a la actividad académica.

Por su parte, Luis Díez-Picazo se había doctorado en Derecho y ejercido brevemente como Juez de Primera Instancia e Instrucción, pero en el momento de su nombramiento, rayando la cincuentena, era un eminente Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid, además de prestigioso abogado. Ángel Latorre era otro conocido Catedrático de Derecho de la Universidad Complutense, y anteriormente de la Universidad de Barcelona, donde mostró su actitud de contestación a la dictadura franquista. Próximo al PSOE, carecía de experiencia institucional y no había desempeñado ningún cargo político. Gloria Begué era Catedrática de Economía y Hacienda en la Universidad de Salamanca. Había sido la primera mujer Catedrática y la primera decana de una Facultad de Derecho en España, convirtiéndose en la primera y única mujer del Tribunal, del que después fue vicepresidenta. Licenciada también en Derecho, se doctoró en Ciencias Económicas en la Universidad de Chicago. En 1977 Begué

²⁷ Francisco Tomás y Valiente, *Manuel García Pelayo. Del exilio a la presidencia del Tribunal Constitucional. Cuadernos de la Fundación Españoles en el mundo*, núm. 4, 1993, p. 6.

había sido nombrada senadora de designación real y formó parte de las Cortes Constituyentes.

Las propuestas del CGPJ no se llevaron a cabo hasta el 7 de noviembre puesto que el Consejo no se había aún constituido. En realidad, fue ante la necesidad de que éste procediera a proponer los dos magistrados que se aprobó primero la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con la cual se realizó la primera elección por parte del Consejo, que solo exigía una mayoría simple para su aprobación. Los dos candidatos designados, fruto de un acuerdo entre la tendencia conservadora y progresista de la judicatura, fueron Ángel Escudero del Corral, que había sido presidente del Tribunal Supremo hasta el mes anterior; y Plácido Fernández Viagas, que era magistrado de la Audiencia Territorial de Sevilla, pero con una marcada trayectoria política ya que fue senador por el PSOE en las primeras elecciones democráticas de 1977, se convirtió en presidente de la Junta Preautonómica de Andalucía en 1978, y pocas semanas antes de ser propuesto había sido designado vocal del propio CGPJ. Las dos primeras propuestas del Consejo marcaron un perfil de candidato, siempre elegido entre miembros de la carrera judicial, procedente generalmente del Tribunal Supremo (ex Presidentes), hombres (ninguna mujer hasta hoy), y con el apoyo del sector conservador o progresista de la judicatura.

VI. Conclusiones

Una primera aproximación al perfil profesional, académico, personal y político de los primeros jueces constitucionales, tal como se han entendido en este trabajo, permite ofrecer algunas conclusiones provisionales. El estudio pone de manifiesto las diferencias que existen entre ellos debido a la disparidad en el contexto histórico y la cultura política del país en el que se creó cada Tribunal. Sin embargo, a pesar de estas diferencias es posible observar algunas características comunes en su perfil, debido al hecho de pertenecer todos ellos a Tribunales surgidos en el momento fundacional de un nuevo régimen, en el que la jurisdicción constitucional desarrolló una función política y cultural. Así, se aprecia que al frente del Tribunal estuvieron auténticos hombres de Estado (los Presidentes Vitorelli, Höpker-Aschoff, di Nicola), que habían desempeñado importantes cargos políticos, y a menudo tuvieron una intervención directa en los trabajos constituyentes. También se constata que entre los primeros magistrados había políticos, pero buena parte de aquéllos solía tener alguna formación jurídica en diversas disciplinas, habían ejercido profesiones relacionadas con el Derecho, normalmente con cierta experiencia político-institucional, y muchos de ellos participaron en los trabajos constituyentes y legislativos previos a la creación del Tribunal. La mayoría tenían una conexión más o menos directa con los partidos políticos que les habían propuesto, y no tenían vinculación con los regímenes autocráticos precedentes (Alemania, Italia, España) salvo algunas excepciones (Geiger, Azzariti). Esta primera aproximación muestra, finalmente, que junto a las normas constitucionales y legales que establecían los requisitos de los candidatos, el perfil de los primeros magistrados se configuró también a través de normas no escritas, acuerdos, convenciones y prácticas que a menudo se han mantenido en el tiempo.

OLVIDADA EN EL ÁNGULO OSCURO... ¿QUÉ FUE DE LA DEFERENCIA AL LEGISLADOR?

FRANCISCO CAAMAÑO
Catedrático de Derecho Constitucional

*Fuera del orden jurídico, a la par suyo, pero fluyendo de otra fuente
y protegido por otros medios, está el orden moral.*

Von Thur, A., *Derecho Civil*, vol. I.

I. Introducción

Durante tiempo, compartió íntima trayectoria con el principio de observancia de la ley. Pero, ahora, la deferencia al legislador ha quedado oculta en un rincón, como testigo de un tiempo en que el parlamento tenía la palabra, aunque no siempre fuese la última. A la ley todavía se la respeta; al legislador no.

En las páginas que siguen, intentaré examinar algunas de las causas de ese divorcio y apuntar algunas de sus consecuencias.

II. Sobre el declive de la ley

La historia moderna de la ley, como expresión de la voluntad del pueblo creada en el parlamento, es un enconado relato de supervivencia entre voces que auguraban su fin y analistas que lo constataban en un futuro inmediato. Las discusiones sobre la ley en sentido formal y material; las renovadas críticas sobre su falta de generalidad; el desplazamiento de la ley parlamentaria por la de origen gubernamental; la «legislación motorizada» (Schmitt) o «incontinente» (Ortega); las leyes pactadas con representantes sociales extramuros del parlamento; la primacía del derecho de la UE y, por cerrar, la lista, la generalización de la jurisdicción constitucional y europea o el incumplimiento por el legislador de sus deberes constitucionales para con la ley¹, son algunos de los focos de debate sobre los que se pretende explicar ese destronamiento de la ley y el proceso de su acelerada decadencia.

Aunque toque ceñir, es tiempo de salir en defensa de la ley y del legislador y dejar de volcar tierra, a veces merecida, sobre sus siempre anunciados restos. A peor ley, peor

¹ Vid. Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, «Reivindicación de la ley y exigencias consecuentes para el legislador de nuestro tiempo», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 110, 2021, pp. 65-95.

democracia. A mayor desconfianza en la obra del legislador, menor gobierno de la mayoría.

El modelo europeo de jurisdicción constitucional y, particularmente, la construcción kelseniana del legislador negativo, ha conferido una nueva vertiente a la vieja locución latina *de lege lata*, *de lege ferenda*. Entre la ley aprobada y la que podría ser hay un amplio espacio para el deseo. Entre la ley aprobada y la interpretada o efectivamente aplicada, hay un holgado margen para la incertidumbre.

Ninguna ley se libra de ser declara inconstitucional y, aun siendo constitucional, de que pueda ser interpretada de forma distinta al sentido esperado por el legislador, por muy cuidadoso y templado que éste haya sido en su proceso de elaboración. Cuando la ley se elabora en un entorno que alienta la convicción de que las normas aprobadas por el parlamento han de ser depuradas de sus escorias partidarias y oportunistas en defensa de una pretendida ciencia de la legislación cuyo propósito es aislarla de sus razones políticas, lo único respetable que le quedará a la ley será aquello que, finalmente, decida un juez. Una ley sin política es pura endogamia jurídica. Ironizo con Montesquieu: el parlamento habla la ley, pero la boca que pronuncia sus palabras ya no es la suya. La ley, como voluntad general, se ha quedado en una excusa para que los jueces hagan Derecho. En palabras de Mattias Kuum², el juez es el responsable de asegurar la aplicación racional y justificada de la ley, en términos de razón pública. La moral del juez libera a la ley de la política de partidos. La «política de la constitucionalidad»³, como lugar de encuentro, comienza a desaparecer. Hasta ahí llega el amplio margen de impunidad democrática que se ha concedido al poder de juzgar.

Para el modelo de legislador negativo, que la ley sea el producto de los representantes legítimos del pueblo solo es una circunstancia política del pasado, una cuestión relativa a su legitimación de origen, que no debe contaminar la lógica formal del Derecho, ni su fuerza autopoietica. Una vez que la ley es publicada, la voluntad del legislador ha dejado de existir y su entendimiento cede a la voluntad del juez, a quien corresponde «adecentarla». La *lege lata* es, desde su nacimiento, una *lege ferenda* a la espera de confirmación. El legislador es percibido por la ciudadanía como el autor de un derecho sucio, poco fiable y quebradizo, cuya fuerza de ley⁴ se ha debilitado, perdiendo buena parte de su credibilidad. La dignidad de la ley, como resultado de «un método respetable moralmente, de una forma que otras técnicas y convenciones no lo son»⁵, está herida. Su capacidad transformadora ha sucumbido ante la «fuerza de sentencia» y es la élite judicial la encargada de decir el único Derecho jurídicamente seguro. La seguridad de la ley llega con la cosa juzgada. Sin embargo, «los fallos que pueden emitir los tribunales supremos de países democráticos, o el propio Tribunal de Estrasburgo, solo permiten zanjar provisionalmente los debates abiertos, pues la sentencias

² «Institutionalising Socratic Contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review», *European Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 1, núm. 2, pp. 153-183.

³ En el sentido de Javier Jiménez Campo, «Política de la constitucionalidad (Una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59, 2000, pp. 11-27.

⁴ En el sentido de Jacques Derrida, *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad*, Tecnos, Madrid, 1994.

⁵ Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, 1999, Cambridge University Press, p. 36.

no apaciguarán la división social ni las posiciones encontradas que generan estos debates»⁶ (Jonathan Sumption, 2019).

Nos encontramos ante un derecho de dos vuelcos, del pueblo, pero sin el pueblo, creado para corregir los excesos o los defectos del legislador, que se está convirtiendo en la brújula que orienta el destino de nuestras democracias. Cada vez más, se piensa que el rumbo fijado por el legislador, es el aparente (*ra*), y que el rumbo verdadero (*rv*) lo determina el intérprete último de la ley, que añade la «corrección total» (*ct*)⁷.

Mientras el derecho que nace del parlamento se identifica con lo político, la «corrección total» operada por los jueces es considerada como una cuestión técnica, de ajuste métrico y, por tanto, absolutamente apolítica. La contaminación política de la ley elaborada y aprobada por el legislador es corregida por el juez, evitando desvíos partidarios, con el fin de que el norte de aguja coincida con el norte constitucional. Ocurre, sin embargo, que ese norte, a diferencia del magnético, no es una condición física del planeta Tierra.

Este proceso de escisión intelectual entre la ley del pueblo y la ley del juez avanza de forma imparable con el beneplácito del primero. No es una paradoja, sino la consecuencia del descrédito a que ha llevado una visión popular profundamente partitocrática del poder legislativo y, al tiempo, una interesada exaltación de la «independencia» atribuida al poder judicial, como instancia técnica y apolítica, «sede de la razón y la verdad». Hace ya tiempo que hemos pasado de la desconfianza en el juez a la desconfianza en el legislador. La razón democrática ya no se «fabrica» mediante la reducción y síntesis del debate habido en las cámaras parlamentaria. Antes bien, su lugar lo está ocupando la razón que surge de los fundamentos jurídicos de las sentencias. Consolidado el cambio, avanzamos hacia una «juristocracia»⁸ de aquiescencia popular, que amenaza con poner fin a la base republicana de nuestras democracias.

Cuando se interpreta un precepto legal se hace «política» de la ley. Es algo inevitable. Unas veces se la dota del mismo sentido que quiso el legislador. Otras veces, el intérprete se aparta de él e, incluso, si es juez, puede llegar a inaplicarla o a declararla inconstitucional y, por tanto, nula. Si no gusta lo que dice la ley se hará lo posible para que, a través de su proceso de aplicación, diga otra cosa o termine siendo expulsada. Si no gusta la ley, el juez proveerá.

El legislador hace tiempo que carece de *auctoritas*, asumiendo las culpas propias y las ajenas. La mala sentencia siempre tiene causa en la mala ley. El juez gestiona su amplio dominio de la ley al margen y con el plácet del pueblo, porque éste ya ha encontrado al único responsable de la injusticia: el parlamento y sus «políticos». La desconfianza ciudadana en la ley conduce directamente al abandono de su presunción de constitucionalidad por parte del juez. La obra del legislador se contempla como un mandato político-partidario que el juez podrá convertir, si lo estima conveniente, en

⁶ Jonathan Sumption, *Juicios de Estado. La ley y la decadencia de la política*, 2019, Antoni Bosch, Barcelona.

⁷ Recordemos que para la navegación la fórmula del rumbo es: $rv=ra+ct$, siendo *ct* la suma de la declinación magnética y el desvío.

⁸ La expresión es de C. N. Tate y T. Vallinder, *The global expansion of judicial power*, New York, 1995, New York University Press.

algo jurídicamente respetable. Tal es el poder del juez, justamente aquel que invisibiliza el «casco de Hades» de su independencia⁹.

III. La presunción de constitucionalidad de la ley

La relación entre el pueblo y sus representantes padece una escoliosis agravada con el paso del tiempo. En el presente siglo, la comunicación política ha encontrado nuevas vías. La disolución de lo político¹⁰ ha permitido un profundo drenaje del mercado social de la influencia. Los *lobbies* han hallado en las redes sociales y en otras formas de comunicación política contemporánea, cauces para desarrollar su función sin necesidad de transitar por los pasillos de las cámaras parlamentarias. Ahora son los agentes políticos y sus mediadores los que vagan abrumados por laberintos erguidos por poderes extraestatales, en los que se desprecia la ideología política, sustituyéndola por pretendidas verdades de coyuntura, generadas de forma fractal para ser replicadas *n* cantidad de veces. La reiteración se convierte en razón y ésta en verdad.

La militancia del teléfono móvil, con su don de la ubicuidad, ha desgastado la escasa credibilidad de la política de partidos. La debilidad de sus liderazgos y los casos de corrupción alimentan la situación: dime cómo son los políticos y te diré cómo son sus leyes. Una dislocada ecuación que conduciría a despreciar el Código Civil por ser la obra de un dictador llamado Napoleón, impidiendo desconectar, con un mínimo de objetividad, los contenidos de la norma de la condición humana de su impulsor. El machismo convierte en antiestética la belleza de las Señoritas de Avignon. A la democracia representativa le está ocurriendo algo parecido: la política de partidos contamina de impurezas a la ley. El sentir del pueblo, como representación, ya no es una imagen fiable de su parlamento.

Preocuparse, en este contexto, por la cantidad y calidad de la ley suena a ingenuidad de jurista, que añora un pasado que jamás existió. Pretender que la ley cumpla las condiciones jurídicas que gustan al juez (motivos justificativos de la decisión, proporcionalidad, no arbitrariedad...) implica olvidar que los parlamentarios no motivan —como los jueces— sino que votan; no ponderan, porque compiten; y que, en democracia, fuera del ámbito de los derechos fundamentales, es muy difícil de explicar cómo el concepto de arbitrariedad puede condicionar la libertad del legislador. El pueblo no es, por principio, arbitrario consigo mismo¹¹. La ley se ha convertido en un documento mártir ante el altar de los jueces.

La presunción de constitucionalidad de la ley es un principio sencillo, arraigado en otra presunción: la ley es la expresión de la voluntad general. No es del todo cierto que la democracia se autolimite a través de la constitución¹². Más bien, como nos enseña

⁹ Francisco Caamaño, «El caso de Hades y la independencia judicial», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 198, 2022, pp. 69-91.

¹⁰ Bauman Zygmunn, *Modernidad líquida*, FCE, México, 2003.

¹¹ Cuestión distinta, es que nos encontremos ante un precepto legal que envuelva un acto administrativo *ad hoc*, manifiestamente arbitrario, como ocurrió en el caso resuelto por la STC 122/2016.

¹² Cfr. John Elster, *Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, 2002, FCE, México.

la Historia, se constituye con ella. Esta relación seminal explica que la constitución sea, en puridad, un límite de segundo plano. La democracia espera que el legislador cumpla con la constitución que le dio la vida (garantía política) y, solo, subsidiariamente, cuando se quiebra esa confianza, la constitución se impone a la ley y sale al rescate ordinario de la democracia (garantía jurídica).

A quién deba corresponder esa operación de salvamento, si a la política o al Derecho, y en qué dosis, es un viejo asunto sobre el que luego habrá que volver. En todo caso, allí donde existe una constitución constitucionalmente garantizada la respuesta es inequívoca: al juez de la constitución.

Presumir la constitucionalidad de la ley no es, por tanto, el resultado de una obligación, sino una razonable deferencia con el pueblo. La dificultad surge cuando esa deferencia se establece a través de circuitos distintos de aquél que expresa la ley. Cuando el pueblo ya no se identifica plenamente con el parlamento, ¿cómo presumir la constitucionalidad de la ley?, ¿cómo interpretar esa deferencia?

Puede responderse afirmando que la presunción de constitucionalidad de la ley opera al margen del principio democrático y que, por tanto, la deferencia se circunscribe al producto normativo «ley». No se presume la constitucionalidad de la voluntad del pueblo expresada en la ley, sino la constitucionalidad de lo que la ley literalmente dice. Este conveniente salto formal, obliga a diferenciar entre presunción de constitucionalidad de la ley y deferencia hacia el legislador. Solo cuando se tratase de leyes parlamentarias la presunción de constitucionalidad de la ley enlazaría con la idea de deferencia al legislador, mientras que, en otros casos, como los actos del gobierno con fuerza de ley, la conexión dejaría de existir. La hipótesis conduce a un resultado que, sin embargo, no comparto: la presunción de constitucionalidad de ley se circunscribe, única y exclusivamente, a la ley parlamentaria. Respecto a las demás manifestaciones normativas con valor de ley, el juez de la constitución no tendría por qué interpretar *in favor legis*.

Hace tiempo que el Gobierno ha dejado de ser el «enemigo del pueblo». Su legitimación popular es incuestionable allí donde la elección del titular del poder ejecutivo es directa. Y, algo similar acontece en los sistemas parlamentarios de gobierno como consecuencia de la democracia de partidos, en los que, la mayoría parlamentario-gubernamental, diluye, en el plano de las decisiones políticas, la diferencia institucional entre parlamento y gobierno. Como se declaró en la STC 42/2014, FJ 3.º, con apoyo en la STC 66/1985, la presunción *iuris tantum* de legitimidad constitucional «ampara no solo a las normas, sino también, los actos que emanan, como aquí es el caso, de poderes legítimos»¹³. Cuestión distinta es que el origen parlamentario de la norma o del acto pueda servir de canon para modular la intensidad de la *due deference*.

¹³ Mas restrictivamente, en el ATC 103/1994, FJ 2, se habla, con ocasión del trámite de suspensión de una ley, «de la vigencia de una norma dotada, como producto de una Cámara parlamentaria, de la presunción de constitucionalidad». Existen actos y resoluciones de una Cámara a las que, en mi criterio, no le es de aplicación el principio de presunción de constitucionalidad de la ley. Sin embargo, en el ATC 177/2022, FJ 6, se aplicó ese principio a un acuerdo de admisión de enmiendas de la Mesa de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados («acto que goza de presunción de constitucionalidad»).

De este principio constitucional no escrito se infieren una serie de consecuencias que resultan trascendentales para ordenar las relaciones de convivencia entre las garantías políticas y jurídicas de la Constitución: a) obliga al juez a tener consciencia de su posición y cometido. No está para juzgar la ley. Solo para contener sus excesos (*self-restraint*); y b) la deferencia al legislador ha de ser mayor, cuanto más abstracto sea el enjuiciamiento de la ley. Recordemos a Jeremy Waldron: «*There are many of us, and we disagree about justice*»¹⁴.

La presunción de constitucionalidad de la ley requiere que el juez tenga certeza del riesgo político de su posición, apartándose de las tentaciones del constitucionalismo principialista o del garantismo constitucional, por los que a menudo se cuela el viento de la moral y la política. No está siendo éste el camino y, de hecho, conviene no olvidar que una buena parte de la construcción teórica sobre la *due deference* pretende ampliar el radio de acción del juez, en lugar de limitarlo¹⁵. Por ello, y sin necesidad de profundizar ahora en esta cuestión, se comprende la reacción de autores como Sunstein y Vermeule¹⁶, para quienes la pregunta no consiste en saber cómo se debe interpretar la ley, sino en determinar cuál es la posición institucional del intérprete. El juez de la ley se mueve en un escenario de permanente incertidumbre, en el que interactúan múltiples sujetos. Para construir una «mejor interpretación» socialmente aceptable, el juez ha de tener conciencia de pertenecer a una estructura que le impone límites. «La sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción del derecho»¹⁷.

1. LA DEFERENCIA AL LEGISLADOR, EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA LEY Y LA INTERPRETACIÓN CONFORME

La jurisprudencia constitucional española, en consonancia con la de otros tribunales constitucionales de nuestro entorno, aplica desde sus comienzos y con absoluta naturalidad el principio de mantenimiento o conservación de la ley, proyectándolo tanto a la hora de enjuiciar su contenido, como a la de resolver conflictos de competencias entre las leyes estatales y las de las CCAA.

Aunque el principio de conservación de la ley conduce muy a menudo al de interpretación conforme e, incluso, alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiende a equiparlos (*vid.* las SSTC 174/1998, FJ 4.º y 24/2004, FJ 6.º), lo cierto es que el primero no siempre lleva al segundo. Así, por señalar algún caso concreto, en la STC 63/1982 (FJ 3.º) el principio de conservación de la ley sirvió para declarar que las deficiencias del precepto legal examinado se salvaban mediante la aplicación subsidiaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin necesidad de cuestionar su validez cons-

¹⁴ *Law and Disagreement*, New York, Oxford University Press, 1999, p. 1.

¹⁵ Por todos, *vid.*, Alison L. Young, «In defense of Due Deference», *The Modern Law Review*, vol. 72, núm. 4, 2009, pp. 554-580.

¹⁶ Cass R. Sunstein y Adrian Vermeule, «Interpretation and Institutions», *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, pp. 885-951, cit., p. 914.

¹⁷ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, trad. De Vernego, R., UNAM, 1982, cit., p. 26.

titucional. Por su parte, en la STC 236/2012, FJ 7.º la conservación de la ley se debió al hecho de que «la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas, pues aunque el Estado de Derecho tiende a la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso» (STC 58/1982, de 27 de julio, FJ 2, en el mismo sentido SSTC 132/1989, de 18 de julio, FJ 14; 204/1994, de 11 de julio, FJ 6; 235/2000, de 5 de octubre, FJ 5; y 134/2006, de 27 de abril, FJ 4). Soluciones hermenéuticas bien distintas a la de la interpretación conforme que, ante varias lecturas posibles, obliga a descartar aquellas que conduzcan a la inconstitucionalidad del precepto (STC 55/2018, FJ 11.º). En palabras de la STC 14/2015, FJ 5, «tratándose del legislador democrático, la presunción de constitucionalidad ocupa un lugar destacado en dicho juicio (se refiere al de constitucionalidad), de modo que [...] en un proceso abstracto como resulta ser el recurso de inconstitucionalidad, es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan solo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación».

En mi criterio, existen razones fundadas para sostener que el principio de conservación de la ley (que no presume su validez constitucional) no se identifica necesariamente con el de su presunción de constitucionalidad. Así, hay ciertas limitaciones introducidas por el Tribunal Constitucional a su capacidad de efectuar interpretaciones conformes que, carecen de todo sentido si se trasladan a la presunción de constitucionalidad de la ley. La afirmación de que «el principio de conservación de las normas no alcanza a ignorar o desfigurar enunciados legales meridianos» (SSTC 12/1985, FJ 5 y 341/1993, FJ 2), la de que no caben interpretaciones *contra legem* (SSTC 24/2004, FJ 6 y 235/2007, FJ 7) o que «no compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal» (SSTC 273/2005 FJ 8 y 139/2017, FJ 8) se pueden comprender en la lógica de la interpretación conforme de la ley, pero difícilmente desde el principio de presunción de su constitucionalidad.

Tanto el principio de conservación de la ley como el de interpretación conforme son manifestaciones de deferencia al legislador. Pero su relevancia, en la relación ley/juez es fundamentalmente técnica, en la medida en que descansan en un obligado diálogo entre la norma enjuiciada y el juez constitucional. Se acepta el objeto de enjuiciamiento y, a partir de esa premisa, se procura establecer aquella solución que permite la conservación del precepto enjuiciado.

Califico a estas modalidades de deferencia como *débiles*, para diferenciarlas de la presunción de constitucionalidad de la ley que opera, en mi criterio, como un mandato de deferencia *fuerte*. Presumir la constitucionalidad de la ley implica reconocer que existen espacios en los que el juez constitucional, en principio, no debe entrar. Son espacios propios de la política, en sentido amplio, en los que, por su posición institucional, la intervención directa del juez de la constitución puede tener más coste para la democracia que una jurisdicción de inadmisión o una declaración de falta de idoneidad de la materia para ser jurisdiccionalmente controlada. La forma en la que el Tribunal puede definir ese espacio, en función del caso concreto, encuentra apoyo en motivos

distintos: la insuficiencia argumental del recurrente; la conveniencia de esperar un tiempo y comprobar cómo evoluciona la norma en su aplicación a la realidad social; la naturaleza inequívocamente política de la cuestión, su trascendencia para la comunidad, la amplitud de la libertad del legislador y su discrecionalidad regulatoria o el respeto a la autonomía interna de un órgano (Gobierno, Parlamento...). En todos estos supuestos la deferencia debida conduce a una autocontención del juez de la constitución en beneficio no tanto de la ley, cuanto de la institucionalidad democrática. La garantía jurídica de la constitución solo debe aparecer cuando la garantía política ha dejado de ser suficiente.

En ocasiones el legislador dispone indirectamente las pautas locativas de esa deferencia. Así acontece, en el ámbito del recurso amparo donde se ha encargo de garantizar una obligada deferencia del Tribunal Constitucional en relación con los actos de los poderes públicos lesivos de derechos fundamentales, especialmente, las sentencias dictadas por los jueces y tribunales integrantes del poder judicial. Este efecto, se consigue, a través de las causas de inadmisión del recurso. A partir de la presunción de que los derechos y libertades fundamentales son defendidos por los jueces, la Constitución y la LOTC disponen una serie de condicionamientos técnico-procesales y materiales (agotamiento de la vía judicial previa, trascendencia constitucional del asunto, contenido constitucional de la demanda...) dirigidos a establecer una relación de autoprotección institucional entre el poder judicial y el Tribunal Constitucional. La deferencia establecida entre ambos, viene pautada por el legislador y es administrada por el Tribunal Constitucional, al interpretar con mayor o menor generosidad las causas de inadmisión legalmente establecidas. A mayor inadmisión de recursos de amparo, mayor deferencia a los jueces y tribunales del poder judicial. Una deferencia que, en apariencia, tiene un coste para la ciudadanía: algunas violaciones de derechos no serán revisadas por el Tribunal Constitucional. Ahora bien, ese coste es realmente insignificante si queremos que el remedio del amparo pueda convivir con el poder judicial del Estado, y que el Tribunal Constitucional pueda cumplir con su tarea de determinar el contenido y la dirección de los principales derechos y libertades fundamentales. La obligada deferencia del Tribunal Constitucional a los jueces de los derechos es una consecuencia razonable de la posición institucional que respectivamente ocupan.

La deferencia del Tribunal Constitucional con los jueces y tribunales del poder judicial, también puede apreciarse en la cuestión de inconstitucionalidad. La Constitución y la LOTC no solo han presumido que la defensa ordinaria de los derechos corresponde a los jueces. También han extendido esa presunción de constitucionalidad a la interpretación judicial de las leyes en su contraste con la Constitución, hasta el punto de que, con independencia de los esfuerzos de las partes en el proceso, solo el juez está legitimado para plantear ante el Tribunal sus dudas sobre la constitucionalidad de una ley. Si el juez no alberga dudas, el sistema presume que la ley aplicada es constitucional.

El Tribunal tiene, además, cierto margen para administrar su deferencia hacia al legislador a través del conocido como juicio de relevancia (art. 35 LOTC). Resulta así, que la LOTC se ha ocupado de articular una fórmula que asegure cierto grado de deferencia hacia los jueces cuando confrontan las leyes con la Constitución y, al tiempo,

ha habilitado otra para la protección de la ley y su efectiva vigencia, al impedir que pueda cuestionarse su validez constitucional cuando ésta no sea relevante para la resolución judicial del asunto.

Sin embargo, cuando se impugna directamente una ley a través del recurso de inconstitucionalidad, ni la Constitución ni la LOTC han establecido cautela legal alguna dirigida a salvaguardar la posición institucional del parlamento. Allí, donde deferencia es más necesaria, la LOTC guarda completo silencio. No hay requisitos de admisión en el recurso de inconstitucionalidad, permitiéndose, sin precondition alguna, que los sujetos políticos legitimados para recurrir puedan prolongar su posición política sobre la ley, y hasta ganar, bajo un envoltorio jurídico, lo que democráticamente perdieron con los votos. Donde más falta hacía una regulación inteligente que ordenase la necesaria deferencia entre parlamento y Tribunal Constitucional, dada la naturaleza abstracta del enjuiciamiento que se le requiere, la LOTC, sencillamente, calla. Es probable que esa libertad de acceso incondicionado al Tribunal sea una equivocada muestra de deferencia hacia la importancia político-institucional de los sujetos legitimados para interponer un recurso de inconstitucionalidad. Pero, como bien se sabe, quien calla, otorga.

La deferencia al legislador quedó, donde más se necesitaba, al albur de principios y técnicas interpretativas de creación jurisprudencial que, como tales, solo el Tribunal Constitucional puede administrar. De todas ellas, la presunción de constitucionalidad de la ley es, como ya se ha dicho, su expresión más fuerte.

2. LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede decirse, a modo de ordenada síntesis, que los ámbitos en los que aparece esta particular fórmula de deferencia al legislador son los siguientes: a) al tratar de la suspensión y levantamiento de las leyes; b) al revisar el cumplimiento por el juez de los presupuestos de viabilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad c) al valorar la suficiencia de la argumentación impugnatoria de los recurrentes en los procedimientos en los que se cuestiona la validez constitucional de la ley, fundamentalmente, con ocasión del recurso de inconstitucionalidad; y, finalmente, d) para contextualizar las imputaciones de arbitrariedad de una norma con valor de ley. Excepcionando esta última aplicación del principio, y salvo error u omisión por mi parte, no he encontrado en más de cuarenta años de jurisprudencia constitucional un solo pronunciamiento en el que se emplease, de manera diáfana, la presunción de constitucionalidad de la ley para determinar la exclusión del control jurisdiccional en razón de la naturaleza no jurídica de la materia.

Analicemos cada uno de estos supuestos de forma un poco más pormenorizada.

2.1. La suspensión de la ley. El artículo 161.2 CE dispone que el Gobierno puede impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones de las CCAA, añadiendo que, la impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero que el Tribunal deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior

a cinco meses. Por su parte, y para los demás supuestos en que se hubiese entablado un conflicto de competencias, el art. 64. 2 LOTC habilita un trámite para solicitar la suspensión.

Desde sus más tempranos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional aplicó la presunción de constitucionalidad de la ley a sus decisiones sobre el acuerdo de suspensión de una ley y, en su caso, a su levantamiento. La utilización de este principio vinculado al de la conservación de la ley obedece a la voluntad del Tribunal de construir un canon reforzado de enjuiciamiento en favor de la vigencia de la ley mientras no exista un pronunciamiento sobre el fondo del asunto: «la mera invocación de los perjuicios o su difícil o imposible reparación no puede bastar para que este Tribunal conceda la suspensión, pues existe un principio de presunción de constitucionalidad en favor de las normas objeto de conflictos que obliga a no suspender su vigencia a no ser que se demuestre o razone convincentemente respecto a los perjuicios y a su imposible reparación» (ATC 166/1982, FJ Único)¹⁸. Dicho con otras palabras: la justificación de los perjuicios y su imposible reparación exige de una argumentación reforzada para que el Tribunal acuerde la suspensión de la ley, pues ésta goza de una «ejecutividad innegable» (ATC 253/1992, FJ 8.º).

En otros pronunciamientos el Tribunal sustituye la expresión presunción de constitucionalidad por la de «presunción de legitimidad» (por todos, ATC 44/1988, FJ 1), considerándolas como sinónimas. En todo caso, la doctrina constitucional en materia de suspensión de la ley se mantiene sin alteraciones significativas hasta nuestros días, aunque a lo largo del año 2003, los Magistrados Rodríguez Zapata, García Calvo y Conde Martín de Hijas, formularon varios votos particulares (*vid.* AATC 30/2003, 264/2003 y 349/2003) considerando que el principio de presunción de constitucionalidad de la ley era «inadecuado para decidir problemas entre leyes estatales y autonómicas, como criterio para atribuir de partida una posición de ventaja a la ley autonómica»¹⁹.

A primera vista, la invocación de esta presunción parece necesaria en tanto que razón explicativa de la exigencia de esa argumentación reforzada. Sin embargo, es lo cierto que opera como una «coletilla» argumental que se arrastra desde los primeros autos dictados en la materia y que acompaña o sintetiza a otros elementos interpretativos, a veces explicitados por el Tribunal, que son los que realmente pesan en la decisión: a) «la necesidad de equilibrar los intereses en presencia —tanto el general y público como el particular de terceros afectados» (AATC 222/1995); b) «dejar imprejuzgada la cuestión de fondo» (ATC 44/1988) y c) «*Fumus bona iura*» (ATC 74/2021, FJ 2) que

¹⁸ En idéntico sentido, ATC 183/1982, FJ, 2; ATC 36/1983, FJ 2; ATC 137/1987, FJ 1; ATC 472/1988, Único; ATC 591/1988, FJ 2; ATC 678/1988, FJ 2; ATC 60/1990, FJ 1; ATC 82/1990 FJ 1; 285/1990 FFJJ 1 y 3; ATC 156/1992, FJ 1; ATC 78/1997, FFJJ 2 y 3; ATC 147/2001, FJ 2; ATC 100/2002, FJ 2; ATC 5/2003, FJ 2; ATC 13/2004, FJ 2; ATC 283/2006, FJ, 2; ATC 100/2010, FJ 5; 104/2010, FJ 2; ATC 139/2012, FJ 2; ATC 80/2013, FJ 2; 4/2014, FJ 2; 67/2015, entre otros muchos.

¹⁹ Este debate interno fue zanjado por el ATC 82/2004, en cuyo FJ 4, tras señalarse que se estaba ante un supuesto de dualidad de normativas, la estatal y la autonómica, ambas dotadas de presunción de legitimidad, se declaró que la existencia de dos legislaciones diferentes «no puede convertirse [...] en principio determinante de la suspensión».

resulta aplicable «cuando los preceptos impugnados sobre los que versa el incidente de suspensión contiene provisiones muy similares a otras normas ya declaradas inconstitucionales y nulas» (ATC 56/2020). Por eso, el debate suscitado en los votos particulares antes señalados, aunque intencionadamente dirigido a favorecer la suspensión de la ley autonómica, resultaba jurídicamente artificioso.

La ley, con independencia de su validez constitucional, es una norma de inmediata ejecución, y por tanto, su suspensión, como se dijo en el ATC 87/1999, es una «medida excepcional». Es razonable y consecuente que quien impet্রে su suspensión argumente de forma sólida los perjuicios irreparables que se derivarían del mantenimiento de su vigencia, sin entrar a pronunciarse sobre la constitucionalidad, o no, de la norma. La invocación del principio de presunción de constitucionalidad de la ley opera, en este contexto, como un elemento meramente adicional y retórico, que poco o nada aporta a los criterios que, en puridad, decantan la decisión.

2.2. *La cuestión de inconstitucionalidad.* Otro de los ámbitos en los que se utiliza con asiduidad el principio que ahora nos ocupa, es el del juicio de relevancia que realiza el Tribunal Constitucional cuando se pronuncia sobre la admisión de una cuestión de inconstitucionalidad. Si el órgano judicial no justificó suficientemente en qué medida la decisión del proceso dependía de la validez de la norma cuestionada (art. 35.2 LOTC), el Tribunal Constitucional recurre a la presunción de constitucionalidad de la ley como motivo justificante de la inadmisión de la cuestión planteada. Ejemplo de este proceder es la STC 83/2014, FJ 6: «el órgano judicial no está ofreciendo un supuesto real en el que amparar su duda de constitucionalidad sino que está recurriendo a una hipótesis sobre la que pretende que este Tribunal efectúe un juicio abstracto de constitucionalidad de la norma cuestionada cuando, como es evidente, con tal forma de actuar, ni puede desvirtuarse la presunción de constitucionalidad de una norma con rango de ley, ni puede atribuirse censura alguna al promotor de la misma...». El mismo argumento, bajo la fórmula del principio de conservación de la ley, puede apreciarse en la STC 126/2021, en un supuesto en el que el órgano judicial *a quo* planteaba una supuesta inconstitucionalidad por omisión. El Tribunal recordó que la interpretación conforme impide «la reconstrucción de la norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde» (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7, y 273/2005, de 27 de octubre, FJ 8).

Una vez más, el principio de presunción de constitucionalidad es utilizado como fundamento justificativo de una decisión de inadmisión relacionada con la insuficiente o inadecuada argumentación para sostener la impugnación formulada. El empleo de esta presunción permite al Tribunal Constitucional rechazar aquellas cuestiones de inconstitucionalidad basadas en consideraciones generales, en especulaciones sobre probables efectos jurídicos de futuro, insuficientemente argumentadas o innecesarias para la resolución del proceso judicial del que traen causa. Ahora bien, para alcanzar ese objetivo bastaba con invocar el canon de la «justificación suficiente» establecido el

art. 35.2 LOTC. Aducir el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, vuele a ser un recurso retórico, carente de una sustantividad jurídica propia.

2.3. La carga argumental del recurrente. En línea con lo anteriormente expuesto, el principio de presunción de constitucionalidad de la ley también es empleado de forma reiterada para justificar la imposibilidad, por parte del Tribunal Constitucional, para pronunciarse ante la falta de concreción o argumentación impugnatoria, sobre alguno de los preceptos objeto de un recurso de inconstitucionalidad.

Las bases de esta doctrina constitucional, nuevamente vinculada a la presunción de constitucionalidad de la ley, se encuentran en la STC 11/1981, FJ3, en relación con el Decreto-Ley 17/1977 regulador del derecho de huelga: «La impugnación de una normativa tan trascendental y grave como es la regulación del derecho de huelga, debe hacerse aportando un análisis y una argumentación consistente. Cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los recurrentes no sólo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan [...]. No debe, sin embargo, olvidarse que es función del Tribunal la depuración del ordenamiento jurídico y que, por esto, ante él no rige de manera completa el principio dispositivo. Así en los casos de fundamentación insuficiente, el Tribunal resta en libertad para rechazar la acción en aquello en que se encuentre insuficientemente fundada o para examinar el fondo del asunto si encuentra razones para ello».

A partir de esa premisa y con alguna modulación de matiz la jurisprudencia se reitera: «[...] ha de insistirse en que la presunción de constitucionalidad de normas con rango de ley no puede desvirtuarse sin un mínimo de argumentación y no caben impugnaciones globales y carentes de una razón suficiente» (por todas, STC 43/1996, FJ 5) y, poco a poco, evoluciona hasta que, casi de un modo imperceptible, cambia su ratio argumental. El principio de presunción de constitucionalidad de la ley se arrincona y aflora con mayor intensidad otro distinto, el de la mínima diligencia procesal exigible a las partes, que, a mi juicio, resulta mucho más coherente y preciso: «Cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los recurrentes no solo abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal mediante un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan, Es justo, pues, hablar de una carga del recurrente y en los casos en que ésta no se atiende, de una falta de diligencia procesalmente exigible» (por todas, STC 16/2003, FJ 9).

Esta carga del recurrente, basada en el hecho de que el recurso de inconstitucionalidad es «una impugnación reservada a determinados sujetos legitimados», y en la obligación, impuesta por los arts. 33.1 y 85.1 LOTC, de fundamentar la demanda y concretar, en todo o en parte, la disposición o acto impugnado y precisar el precepto constitucional infringido (SSTC 82/2013, FJ 2 y 163/2014, FJ2) es un estándar mucho más efectivo para ejercer el control jurídico sobre la suficiencia argumental de la demanda, que el principio de presunción de constitucional de la ley.

Una vez más, la utilización de este principio se nos presenta más como un argumento a mayor abundamiento, que como una presunción *iuris tantum* dotada de entidad jurídica diferenciada.

Solo cuando la norma legal enjuiciada es la LOTC, el principio de presunción de constitucionalidad de la ley adquiere una dimensión jurídica propia. En estos casos, el Tribunal Constitucional «redobra» esa exigencia de concreción y argumentación: «tratándose del legislador democrático no podemos perder de vista que la presunción de constitucionalidad ocupa un lugar destacado en el desarrollo de dicho control [...] correspondiendo al recurrente concretar los motivos de la pretendida inconstitucionalidad [...]». Y añade: «Todas estas cautelas, propias, como se ha dicho, de cualquier enjuiciamiento del legislador, deben extremarse en el caso de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta la ya mencionada vinculación del Tribunal a la misma [...] Lo contrario, es decir, llevar a cabo un control más intenso no solo supondría debilitar la presunción de constitucionalidad de cualquier norma aprobada por el legislador democrático, sino que situaría al Tribunal en una posición que no se corresponde con el papel que cumple la reserva contenida en el art. 165 CE» (STC 49/2008, FJ 4; vid también las SSTC 118/2016, FJ 1y 185/2016/FJ 3).

Como puede apreciarse, si para verificar el cumplimiento de la obligación procesal de concretar y fundamentar el recurrente ha de superar la «diligencia mínima exigible a la parte», cuando la ley objeto de impugnación es la LOTC, el Tribunal exige que se «extremen esas cautelas». Una exigencia de mayor grado que se justifica en la presunción de constitucionalidad de la ley y en la reserva del art. 165 CE. Por tanto, en estos casos y, por contraste con los anteriormente examinados, sí puede sostenerse que el principio de presunción de constitucionalidad aporta un plus jurídico adicional.

2.4. *La interdicción de la arbitrariedad de la ley.* También es estos supuestos puede sostenerse que el principio de presunción de constitucionalidad de la ley desempeña un rol jurídico propio. Si el control de constitucionalidad de la ley debe ejercerse «de forma que no se impongan constricciones indebidas al poder legislativo y se respeten sus opciones políticas [...] el cuidado que este Tribunal ha de tener para mantenerse dentro de los límites de su control ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos tan generales como es el de la interdicción de la arbitrariedad, puesto que el pluralismo político y la libertad de configuración del legislador también son bienes constitucionales que debemos proteger» (STC 19/2011, FJ 12; *vid.*, en igual sentido, SSTC 51/2018 y 159/2021, entre otras muchas). Para el Tribunal Constitucional la arbitrariedad su produce cuando la ley «encarna una discriminación normativa o carece en absoluto de explicación racional» (por todas, STC 140/2018, FJ 7)²⁰.

²⁰ El Tribunal no ha explicado qué entiende por «carencia absoluta de explicación racional», cuando ésta se imputa a un órgano político como el parlamento que, por definición, crea Derecho y, por tanto, no necesita motivar sus decisiones. Su cometido democrático es conformar mayorías y votarlas. Si ese requisito en lugar de proyectarlo sobre el parlamento lo referimos exclusivamente a la ley, el resultado tampoco me parece del todo satisfactorio, pues tendría como consecuencia que la exposición de motivos de un texto legal se convirtiese en una suerte de parámetro de control de todo su articulado. En consecuencia, salvo mejor solución, habrá que entender que esa explicación racional ha de referirse a cada precepto individualmente

Esta definición de la arbitrariedad de la ley no difiere de la que se utiliza en relación con las normas y actos infra legales. La diferencia no se encuentra tanto en el concepto, cuanto en el grado e intensidad del control a ejercer en razón del objeto recurrido. «La calificación de una ley como arbitraria exige cierta prudencia» y «el cuidado que este Tribunal ha de observar [...] debe extremarse» (STC 57/2018, FJ 2). El escrutinio sobre la arbitrariedad de una ley siempre ha de ser menor que el que pueda realizarse en relación con normas o actos que carezcan de ese valor. Y el elemento que la justifica es la presunción de constitucionalidad de la ley.

Probablemente, el contexto del control de la arbitrariedad de las leyes sea el único lugar, dentro de la jurisprudencia constitucional, en el que el principio de presunción de constitucionalidad de la ley haya encontrado cabal acomodo.

IV. Sobre la presunción de constitucionalidad de la ley, en sentido fuerte

Detrás de la presunción de constitucionalidad de la ley hay más apariencias que realidades. Como acabamos de ver, su relevancia jurídica adquiere cierto significado en el control de la arbitrariedad de la ley, y poco más. En verdad, el Tribunal Constitucional nunca ha utilizado esta presunción como un criterio de exclusión material, en un ejercicio claro de deferencia hacia el legislador. Diríase que, como tribunal de la constitución, nada constitucional le es ajeno. Y, eso, en democracia, es un problema, porque es muy fácil traspasar, incluso de manera inconsciente, la línea divisoria entre el control de la ley y el desafío al legislador.

Curiosamente, el Tribunal Constitucional no ha tenido reparo en aplicar con rotundidad y, a mi juicio, con razón, lo que podríamos denominar el principio de presunción de la constitucionalidad de la ley en sentido inverso. Lo ha hecho con ocasión del enjuiciamiento de las llamadas «leyes de desconexión», aprobadas por el Parlamento de Cataluña (Ley 19/2017 del Referéndum de Autodeterminación y Ley 20/2017, de transitoriedad jurídica y fundación de la República, entre otras). Tanto en la STC 114/2017, FJ2 como en las SSTC 124/2017, FJ 3 y 124/2017, FJ 3, el Tribunal Constitucional advirtió que las leyes enjuiciadas no reclaman «para sí la presunción de constitucionalidad que en general acompaña a la obra del legislador democrático», porque «la asamblea autonómica pretende haber actuado, al dictarla, no como órgano instituido en el Estatuto de Cataluña, norma que a su vez trae su razón jurídica de ser de la Constitución, sino, en sus propios términos como representante de la soberanía del pueblo de Cataluña (art. 3.1). Mal podría pretender gozar, al amparo de la Constitución y del Estatuto de Autonomía de Cataluña, de aquella presunción».

El Tribunal Constitucional se sintió autorizado para omitir su deber de deferencia al legislador autonómico, porque éste había actuado contraviniendo expresamente la legitimidad democrática de la constitución. En esta particular decisión, lo importante

considerado y a su eventual encuadre dentro de la sistemática de la ley. Una operación hermenéutica verdaderamente plagada de dificultades.

no es el concreto contenido de la ley, sino la ilicitud misma de la finalidad perseguida por el autor de la ley.

Contrariamente, la jurisprudencia constitucional no nos ofrece un solo caso en el que, con idéntica claridad, se aplique la presunción de constitucionalidad de la ley para salvaguardar su deber deferencia hacia el legislador. A mi juicio, ocasiones no le faltaron.

Por seguir con la jurisprudencia vertida en relación con la crisis catalana, podemos recordar cómo uno de los aspectos más cuestionados de la Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña (STC 31/2010) fue el excesivo número de interpretaciones conforme llevadas al fallo. Basta con examinar su apartado tercero. No obstante, si hubiese aplicado coherentemente el principio de presunción de constitucionalidad de la ley el resultado podría haber sido otro, porque en este caso, aquel principio, dado el rol adjudicado por la Constitución a los Estatutos de Autonomía, no conducía necesariamente a la solución de la interpretación conforme. Si, en efecto, los Estatutos son, con la Constitución, el fundamento del ordenamiento jurídico de cada comunidad autónoma y el encargado de desarrollarlo es el legislador autonómico, entonces, el principio de deferencia, obligaba, ante la duda, a no anticipar juicio alguno sobre la constitucionalidad del precepto estatutario, hasta que éste fuese interpretado y efectivamente desarrollado mediante ley, por el parlamento de la comunidad autónoma. Solo para el caso de que el parlamento autonómico aprobase finalmente esa ley y se apreciase que, de entre las diversas interpretaciones posibles del precepto estatutario, se había optado por alguna inconstitucional, procedería declarar su inconstitucionalidad. En cierto modo, el primer intérprete de un estatuto de autonomía es el legislador autonómico, al que, en este caso la duda interpretativa del Tribunal Constitucional, le privó, de la oportunidad de acertar o equivocarse.

Más evidente me parece la voluntad del Tribunal Constitucional de pronunciarse, en algún otro caso, sobre cuestiones políticamente relevantes cuya consistencia jurídica era, sin embargo, muy escasa. Es como si Tribunal se sintiese obligado, por su posición institucional, a decir algo sobre lo que estaba políticamente ocurriendo, aunque el principio de deferencia al legislador aconsejase lo contrario. Me refiero, concretamente, a la Sentencia 42/2014, sobre la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, que aprobaba la declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña.

En esta ocasión, nada se dice acerca del principio de presunción de constitucionalidad de la ley (en puridad, resolución parlamentaria), aunque fuese para negar su aplicación. Antes bien, el Tribunal se esfuerza en buscar una salida a su jurisprudencia anterior para lo cuál, sin negar la premisa de que el «acto impugnado es un acto político» (FJ 2), añade que «solo será admisible si [...] puede apreciarse en el acto impugnado, siquiera indiciariamente, capacidad para producir efectos jurídicos». Es diáfano que, con la aplicación de este canon, la presunción de constitucionalidad de la resolución impugnada es de imposible existencia. A pesar de su reconocida naturaleza política, basta el mero indicio, para que la resolución ya pueda ser objeto de enjuiciamiento. A partir de esta premisa la Sentencia se adentra en unos derroteros («lo jurídico no se agota en lo vinculante») difíciles de compartir desde el habitual entendimiento del derecho positivo. Pero sin obviar la trascendencia política de la situación y los benefi-

cios, también políticos, de la defensa de la Constitución por el Tribunal, lo cierto es que, jurídicamente, el resultado fue, cuando menos, inesperado. Recuérdesse que se declaró (apartado 2 del fallo) que el llamado «derecho a decir», no era inconstitucional, si se interpretaba en el sentido expuesto en los fundamentos jurídicos 3 y 4. Expresado de otro modo: el derecho a decidir, concepto completamente ajeno a la Constitución, formar parte de ella si se entiende como «una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional» (FJ 3). Resulta, sin embargo, que para esa «aspiración», no existe proceso constitucional de cobertura.

La inmersión del Tribunal en las aguas abiertas de la política, aun reconociendo su buena voluntad, se quedó, jurídicamente, en un mal chapuzón. La deferencia al legislador es bidireccional. También protege la posición institucional del juzgador.

V. La parábola de la ley presumida y el guardián de la Constitución

En democracia, el control jurisdiccional de la ley solo se puede soportar sobre la premisa de la autocontención del juez. Y esta puede lograrse mediante un conjunto inteligente de condicionamientos procesales impuestos por el legislador en el acceso a la jurisdicción y confiando en la prudencia selectiva de los jueces y en su capacidad para mantener distancia de aquellos asuntos que pertenecen al ámbito de la política. La batalla por contener la moral del juez al aplicar la constitución se ha perdido hace tiempo y, con ella, la idea de que la dirección de la comunidad era, fundamentalmente, una cuestión política gobernada por la regla de la mayoría. El parlamento del futuro quizá se llame «diálogo de tribunales», a no ser que se tome consciencia de la situación y se retorne a un cierto equilibrio. La ley, tantas veces presumida, ha perdido su cinta de seda. Autores como Ronald Dworkin²¹, deslumbrados por los derechos, defienden una lectura moral de la constitución en manos de los jueces y cuestionan las tradicionales bondades democráticas del principio de la mayoría. La moral de la mayoría no es fiable, porque se genera en el ruido contaminado del debate en la arena pública y no en la tranquilidad reflexiva de las deliberaciones propias de las salas de justicia. Sin embargo, sin política democrática no hay derechos, ni salas de justicia merecedoras de ese nombre. La constitución de los derechos fundamentales no es una constitución viable sin la otra constitución, la que ordena la política y hace posible el estado. No pretendo discutir que en el ámbito de los derechos la constitución despliegue un saludable efecto contramayoritario. Tan solo me pregunto si también debe hacerlo con parecida intensidad y con iguales técnicas en relación con su parte orgánica. Las razones en las que Dworkin sustenta su «concepción constitucional de la democracia»²², es decir, aquella que está sujeta a la condición de un estatuto igual de ciudadanía, se comprenden en el contexto de una teoría de la democracia para los derechos, pero no en el de una teoría del derecho para la democracia. La deferencia al legislador y la

²¹ *Derechos, libertades y jueces*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

²² *Op. supra cit.* pp. 282-283.

presunción de constitucionalidad de la ley desempeñan, en todo este debate, una función importante.

A veces, los pequeños gestos ayudan a cambiar las cosas. La jurisdicción constitucional nació en nuestro país «rodeada de zozobras y sin memoria institucional relevante»²³. Si el recurso de inconstitucionalidad es, por su carácter abstracto y por la naturaleza de los sujetos legitimados, el que coloca en posición más delicada al juez de la constitución, acaso, después de cuarenta años, haya llegado el momento de dotarlo de un verdadero trámite de admisión, llevando a la LOTC lo que hoy es doctrina constitucional y añadiendo algunas otras cautelas complementarias. Allí debiera figurar, como causa inequívoca de inadmisión la presunción de constitucionalidad de la ley que, probablemente adquiriría mayor densidad y fortaleza, porque, a través de un auto de inadmisión se puede decir mucho en defensa de la constitución y también de la autoridad que la juzga.

Para guardar la constitución es imprescindible presumirla en la ley. Fuera de los conflictos sobre derechos y libertades fundamentales, siempre es preferible presumir de más, que quedarse corto. La función creativa y transformadora del legislador necesita de un margen prudente para la experimentación y de una aceptable constitucionalidad borrosa, cuyo control corresponde a la política. Esto supone que el juez de la constitución no puede atender a todo lo que llama a su puerta. El principio de presunción de constitucionalidad de la ley, debe servir para liberar de su control a ese espacio de insegura y disputada innovación normativa, entre otras razones, porque alguno de los derechos controvertidos hoy, puede ser un derecho fundamental del mañana. La «constitución viviente»²⁴ es una constitución, que arriesga y evoluciona con la política democrática. La gente, al vivir, no solo cambia la lengua en la que se comunica, también cambia su Derecho. Este disfuncional movimiento no siempre es consciente, ni pacífico, ni fácil de aceptar. Pero, en su desorden, mientras exista, nos permite seguir diciendo que la ley pertenece al pueblo.

²³ Javier Jiménez Campo, *op supra cit*, p. 12.

²⁴ Bruce Ackerman, *La Constitución viviente*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE EL PROCESO SECESIONISTA EN CATALUÑA

JUAN CARLOS DUQUE
Letrado del Tribunal Constitucional

I. Introducción

El proceso político de creación de un estado catalán independiente (*procés*) arrancó formalmente, desde un punto vista jurídico, con la aprobación por el Parlamento de Cataluña de la Resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, «sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados de las elecciones de 27 de septiembre de 2015». Con la impugnación de esta resolución por el Gobierno comenzó la actividad del Tribunal Constitucional en defensa de la Constitución ante el *procés*.

Desde esta primera impugnación han sido cientos los pronunciamientos del Tribunal relacionados con el *procés*. Este breve trabajo únicamente tiene por objeto, ante los intentos que pretenden minimizar pasado el tiempo, por coyunturales necesidades políticas, la gravedad de las consecuencias que para el sistema constitucional implicó el proyecto político independentista, poner en valor el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional y la relevancia de sus decisiones en respuesta a las impugnaciones de las resoluciones y actos de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma que constituyeron los hitos vertebradores del *procés* desde la citada Resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI. La solemnidad y severidad del lenguaje inusitado que se llega a emplear en aquellas decisiones jurisdiccionales, adoptadas todas ellas por unanimidad, se justifican por sí sólo ante la intensidad del desafío que para el ordenamiento constitucional supuso la actividad desplegada por las instituciones autonómicas, en especial por el Parlamento, el presidente y el Consejo de Gobierno, tendente a la consecución, absolutamente al margen de los cauces constitucionales, del mencionado proyecto político.

II. El antecedente determinante del inicio de la actividad del Tribunal Constitucional ante el *procés*

El Parlamento de Cataluña en sesión celebrada el 23 de enero de 2013 adoptó la Resolución 5/X por la que aprobó la «Declaración de soberanía y del derecho a decidir

del pueblo de Cataluña». En el preámbulo de la resolución se afirmaba que el «pueblo de Cataluña, a lo largo de su historia, ha manifestado democráticamente su voluntad de autogobernarse». Tras referirse a los hitos del autogobierno catalán, desde el siglo xiv hasta la aprobación del Estatuto de Autonomía de 2006, el Parlamento en dicha resolución «acuerda iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir para que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo, de acuerdo con los siguientes principios»: el de «soberanía» (con base al cual se declara que «[e]l pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano»), así como los de «legitimidad democrática», «transparencia», «diálogo», «cohesión social», «europeísmo», «legalidad», «papel principal del parlamento» y «participación».

La impugnación de la resolución por el Gobierno a través del cauce procesal previsto para las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas (arts. 162.1 CE y 76 y 77 LOTC) fue parcialmente estimada en la STC 42/2014, de 25 de marzo.

La primera y, sin duda, relevante cuestión abordada en la sentencia versó sobre la idoneidad de la citada resolución para ser objeto del proceso constitucional. Los letrados del Parlamento de Cataluña la habían suscitado al considerar que no podía ser impugnada por carecer de efectos jurídicos, ya que había sido aprobada por la cámara en el ejercicio de la función de impulso y control de la acción política y de gobierno. Sostenían, en síntesis, que este tipo de resoluciones, como las proposiciones no de ley o las mociones parlamentarias, no tienen efectos jurídicos al limitarse a expresar una declaración de voluntad o un propósito político.

Frente a tal planteamiento, el Tribunal consideró que la resolución, sin perjuicio de su carácter político, también tenía carácter y efectos jurídicos. Razonó al respecto que se trataba de un acto perfecto o definitivo que constituía una manifestación de voluntad del Parlamento, adoptado en el ejercicio de la función de impulso y control de la acción política y de gobierno, que no sólo producía efectos políticos, sino también jurídicos, pese a carecer de efectos vinculantes para sus destinatarios. Tras afirmar que «lo jurídico no se agota en lo vinculante», el Tribunal derivó los efectos jurídicos de la resolución, por un lado, del reconocimiento en favor de aquellos a quienes llamaba a llevar a cabo el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir del pueblo de Cataluña (especialmente el Parlamento y el Gobierno autonómicos), «de atribuciones inherentes a la soberanía superiores a las que se derivan de la autonomía reconocida en la Constitución a las nacionalidades que integran la Nación española». Y, de otro lado, del «carácter asertivo» de la resolución, ya que «acuerda iniciar [...] dicho] proceso».

Este novedoso pronunciamiento del Tribunal va a ser determinante del momento en el que se inicie su intervención en el enjuiciamiento del *procés*, pues, con base en la doctrina sentada, las resoluciones aprobadas por el Parlamento de Cataluña en el ejercicio de su función de impulso y control de la acción política y de gobierno que tenían por objeto servir de soporte o dar cobertura al *procés* iban a poder ser impugnadas ante el Tribunal, como efectivamente lo fueron, al tener efectos jurídicos.

En cuanto al contenido de la resolución parlamentaria, el Tribunal estimó la inconstitucionalidad y nulidad de la atribución al pueblo de Cataluña del carácter de sujeto

político y jurídico soberano, por vulnerar el art. 1.2 CE, que, al declarar que la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes, le confiere su titularidad con carácter exclusivo; el art. 2 CE, que proclama la indisoluble unidad de la nación española, pues la atribución al pueblo de Cataluña de aquella condición supone quebrar esta unidad; el art. 9.3 CE, que consagra el principio de primacía de la Constitución; el art. 168 CE, al estar reservada la reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano al procedimiento de reforma constitucional regulado en este precepto; y, en fin, los arts. 1 y 2.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que disponen su constitución en Comunidad Autónoma de acuerdo con la Constitución y dicho Estatuto.

Sin embargo, el Tribunal concluyó que las referencias al derecho a decidir no contradecían enunciados constitucionales, ya que mediante ellas se expresaba una aspiración política que era susceptible de ser defendida en el marco de la Constitución. Del derecho a decidir, sostuvo, cabe una interpretación constitucional de conformidad, pues no aparece proclamado como una manifestación del derecho a la autodeterminación no reconocido en la Constitución o como una atribución de soberanía al pueblo de Cataluña, sino como un objetivo político al que sólo se puede llegar mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional. De los principios enunciados en la resolución destacó dos: el del diálogo y el de legalidad, dado que, de acuerdo con ambos principios, el ejercicio del derecho a decidir tendría que ser objeto de diálogo y negociación con el Estado español, utilizando los marcos legales existentes.

El Tribunal recordó que nuestra democracia no es una democracia militante y que, como ya dijera en la STC 103/2008, de 11 de septiembre, en nuestro ordenamiento tiene cabida el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional, como es la titularidad de la soberanía, siempre que se defienda a través de una actividad que no vulnere los principios constitucionales y el intento de su consecución efectiva se realice respetando los procedimientos de reforma de la Constitución. En este sentido, proclamó como inherente al deber de lealtad constitucional, que si la asamblea legislativa de una comunidad autónoma, que tiene reconocida por la Constitución la iniciativa de reforma constitucional, formulase una propuesta en este sentido, las Cortes Generales deberían entrar a considerarla¹.

¹ La STC 42/2014 se publicó unos días antes de que el Congreso de los Diputados rechazase la transferencia a la Comunidad Autónoma de Cataluña de la competencia para convocar consultas populares por vía referéndum, a fin de realizar un referéndum sobre la constitución de Cataluña en un estado independiente. Tras ese rechazo, se aprobó la Ley de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y el Gobierno de la Generalitat dictó el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, convocando una consulta sobre el futuro político de Cataluña para el día 9 de noviembre de 2014. Ambas normas fueron impugnadas por el Gobierno de la Nación, quien instó su suspensión. A pesar de que el Tribunal acordó *ex art. 77 LOTC* la suspensión solicitada, el Gobierno de la Generalitat llevó a cabo actuaciones materiales para la celebración de dicha consulta, que efectivamente tuvo lugar en la fecha prevista. El Tribunal en las SSTC 31 y 32/2015, de 25 de febrero, y 138/2015, de 11 de junio, declaró la inconstitucionalidad de parte de la ley —la referida a la convocatoria de consultas generales—, la convocatoria de la consulta y las actuaciones materiales llevadas a cabo para su celebración.

III. La Resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015: la trasmutación del derecho a decidir en derecho a la autodeterminación

El *procés* formalmente comenzó con la Resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, «sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales de 27 de septiembre de 2015».

La resolución, impugnada por el Gobierno también a través del cauce procesal previsto para las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas (arts. 162.1 CE y 76 y 77 LOTC), fue declarada inconstitucional y nula por la STC 259/2015, de 2 de diciembre.

El Tribunal admitió, al igual que en la STC 42/2014, la idoneidad de este tipo de resoluciones para ser objeto de impugnación por producir efectos jurídicos y no sólo meramente políticos. En este sentido, razonó que la resolución era capaz de producir efectos jurídicos porque, en primer lugar, «declara solemnemente el inicio del proceso de creación de un estado catalán independiente en forma de república» y «proclama la apertura de un proceso constituyente [...] para preparar las bases de la futura constitución catalana» en el marco de «un proceso de desconexión del Estado español», pronunciamientos que podían entenderse como el reconocimiento a favor del Parlamento y del Gobierno de Cataluña «de atribuciones inherentes a la soberanía, superiores a las que derivan de la autonomía reconocida por la Constitución a las nacionalidades que integran la Nación española»; y, en segundo lugar, por su «carácter asertivo», al proclamar la apertura del mencionado proceso constituyente.

En cuanto a su contenido, el Tribunal destacó que, a diferencia de la Resolución 5/X, titulada «Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña», que pudo ser objeto de una interpretación conforme a la Constitución, el Parlamento en la resolución ahora impugnada excluía los procedimientos de reforma constitucional para convertir en un estado independiente lo que es una comunidad autónoma. En este sentido, resaltó que la cámara proclamaba la apertura de un proceso constituyente para preparar las bases de la futura constitución catalana; se comprometía a tramitar una ley de proceso constituyente; afirmaba que era depositaria de la soberanía del pueblo catalán y expresión del poder constituyente; declaraba que el proceso que emprendía no se supeditaría a las decisiones de las instituciones del Estado español y, en particular, a las de este Tribunal Constitucional; y, en fin, instaba al Gobierno de la Comunidad Autónoma a cumplir exclusivamente las normas o los mandatos que de ella emanasen.

El Tribunal declaró que estas determinaciones desconocían y vulneraban los preceptos constitucionales que establecen el carácter de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE); que residen en el pueblo español la soberanía nacional (art. 1.2 CE); que proclaman la unidad de la nación española (art. 2 CE); y, en fin, que regulan los procedimientos de reforma constitucional (art. 168 CE). E infringían, asimismo, los arts. 1 y 2.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que definen la posición de Cataluña en el marco constitucional como nacionalidad que

ejerce su autogobierno en Comunidad Autónoma de acuerdo con la Constitución y su Estatuto.

El Tribunal entendió que en este caso no se trataba de infracciones constitucionales fruto de un «entendimiento equivocado» de la Constitución, como suele ocurrir, sino que eran resultado de un «expreso rechazo» a la misma, frente a la que se contraponía «un poder que se reclamaba depositario de una soberanía y expresión de un poder constituyente», con una manifiesta negación del vigente ordenamiento constitucional. El Tribunal consideró que el Parlamento de Cataluña al actuar de esta forma socavaba su propio fundamento constitucional y estatutario, al sustraerse de toda vinculación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Para el Tribunal la resolución aprobada contraponía «el supuesto alcance del “mandato democrático” recibido por el Parlamento de Cataluña en las elecciones de 27 de septiembre de 2015 [...] a la legalidad y legitimidad de las instituciones del Estado, en particular a las de este Tribunal Constitucional, al que consideraba directamente “carente de legitimidad y competencia”». En este sentido, declaró que la resolución pretendía fundamentarse en un principio de legitimidad democrática que estaba en absoluta contradicción con la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Cataluña y advirtió que en el Estado social y democrático de derecho no se puede contraponer aquella legitimidad con la legalidad constitucional, pues la legitimidad de una política o actuación de un poder público consiste básicamente en su conformidad con la Constitución y con el ordenamiento jurídico.

El dictado de la STC 259/2015 no fue obstáculo para que tanto el Parlamento como el Gobierno de Cataluña, desatendiendo el deber de los poderes públicos de cumplir las sentencias y demás resoluciones del Tribunal Constitucional (art 87.1 LOTC), aprobasen normas y resoluciones que tuvieron por objeto dar continuidad y soporte al proceso constituyente encaminado a la aprobación de una constitución catalana y a la creación de un estado catalán independiente en forma de república. En la impugnación de esas normas y resoluciones tuvo capital importancia el cauce procesal del incidente de ejecución de sentencias, cuya regulación había completado la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por la que se le confirieron nuevas facultades de ejecución. En relación con la impugnación de la atribución al Tribunal de la ejecución de sus resoluciones y, en particular, con la de algunas de esas nuevas facultades, las SSTC 185 y 215/2016, de 3 de noviembre, y de 15 de diciembre, desestimaron los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno Vasco y el Gobierno de la Generalitat².

² En relación con la STC 259/2015 se promovieron por el Gobierno, entre otros, incidentes de ejecución contra las siguientes resoluciones y acuerdos parlamentarios: la Resolución 5/XI, de 20 de enero de 2016, para la creación de una Comisión de Estudios del Proceso Constituyente, que fue estimado por ATC 141/2016, de 9 de julio, pero no anulada la resolución, al entender el Tribunal que dicha Comisión podría tener por objeto analizar distintas alternativas posibles para realizar, con arreglo a la Constitución, las reformas necesarias para satisfacer cualquier pretensión política, quedando en cualquier caso excluida la posibilidad de que pudiera dar continuidad y cobertura a la Resolución I/XI; la Resolución 263/XI, de 27 de julio de 2016, que ratificó las conclusiones de la Comisión de Estudios del Proceso Constituyente, que fue anulada por ATC 170/2016, de 6 de octubre; y la Resolución 306/XI, de 4 de octubre de 2016, que proclamó

IV. La Ley Presupuestos de la Generalitat de Cataluña para 2017: la financiación del referéndum de autodeterminación

La Ley 4/2017, de 28 de marzo, de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña para 2017 contenía una disposición adicional cuadragésima, en la que se dirigía al Gobierno el mandato de que debía garantizar la dotación económica suficiente para hacer frente a las necesidades y requerimientos que se derivasen de la convocatoria del referéndum sobre el futuro político de Cataluña. Además, se incluían en el estado de gastos determinadas partidas destinadas a «procesos electorales y consultas populares», que integraban un programa denominado «Organización, gestión y seguimiento de procesos electorales».

El Tribunal estimó parcialmente en la STC 90/2017, de 5 de julio, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno contra la citada disposición adicional y las mencionadas partidas presupuestarias incluidas en el estado de gastos.

Al Tribunal no le ofreció duda que el referéndum que tenía por objeto la disposición adicional impugnada era el referéndum de autodeterminación al que se referían las Resoluciones del Parlamento I/XI y 306/XI, declaradas inconstitucionales y nulas, respectivamente, por la STC 259/2015 y por el ATC 24/2017. Así pues, el mandato que incorporaba aquella disposición dirigida al Gobierno de la Generalitat se enmarcaba en lo que el Tribunal había venido calificando «como sucesión temporal de acontecimientos en el ámbito del Parlamento de Cataluña dirigidos a dar continuidad y soporte» al proceso de desconexión de Cataluña del Estado Español.

De modo que el referéndum cuya financiación se perseguía con la disposición adicional recurrida tendría por objeto —afirmó el Tribunal— «la independencia o secesión de Cataluña del Estado Español», lo que implicaba «la reconsideración del fundamento mismo del orden constitucional vigente establecido por la voluntad soberana del pueblo español, del que son elementos nucleares, entre otros, la identidad y unidad del sujeto soberano». El referéndum que se pretendía convocar vulneraba, por lo tanto, el art. 1.2 CE, que residencia la soberanía de la nación en el pueblo español; el art. 2 CE, que proclama la unidad de España; y, en fin, el art. 168 CE, que somete la reconsideración de tales elementos al procedimiento de reforma constitucional previsto en este precepto. El Tribunal insistió en que una cuestión como la que se quería objeto de referéndum «no puede dejar de afectar al conjunto de los ciudadanos españoles, pues en la misma se abordaría la redefinición del orden constituido por la voluntad soberana de la Nación [...]. De manera que lo que a todos afecta, la permanencia o no [...], del Estado común en que España quedo constituida (art. 1.1 CE) no podría, llegado el caso, sino ser reconsiderado y decidido también por todos» a través del correspondiente procedimiento de reforma constitucional (art. 168 CE). En otras palabras —dijo el Tribunal—, «en el marco de la Constitución una Comunidad Autónoma no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España (STC 42/2014, FJ 3)».

el derecho de autodeterminación de Cataluña e instó al Gobierno de la Comunidad Autónoma a organizar un referéndum de autodeterminación, que fue anulada por ATC 24/2017, de 14 de febrero.

En consecuencia, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional impugnada en tanto que mecanismo presupuestario destinado a garantizar la cobertura financiera del referéndum de autodeterminación.

Sin embargo, el Tribunal no estimó la inconstitucionalidad de las partidas presupuestarias recurridas, pues la generalidad de sus denominaciones no permitía conocer qué concretas dotaciones estaban destinadas a la financiación de aquel referéndum, pudiendo estarlo también a la financiación de otros procesos electorales, consultas no referendarias y de participación ciudadana respecto de los cuales la Comunidad Autónoma tiene competencia. Por consiguiente, el Tribunal consideró que esas partidas presupuestarias no merecían tacha de inconstitucionalidad interpretadas en el sentido de que las dotaciones en ellas consignadas podían ser destinadas a financiar procesos o consultas electorales competencia de la Comunidad Autónoma, pero expresamente prohibió que se destinasen a la financiación del referéndum de autodeterminación.

V. Las leyes de referéndum de autodeterminación y de transitoriedad jurídica y fundacional de la república: el soporte legal de la declaración de independencia y creación de un estado catalán

La Ley de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, de referéndum de autodeterminación tenía por objeto regular «la celebración del referéndum de autodeterminación vinculante sobre la independencia de Cataluña» (art. 1). El resto de su articulado, en síntesis, reiteraba la condición del pueblo de Cataluña como sujeto político soberano (art. 2); disponía que el Parlamento actuase como representante de la soberanía del pueblo de Cataluña y la prevalencia jerárquica de la ley del referéndum sobre todas las normas con las que pudiera entrar en conflicto (art. 3); y, en fin, convocaba el referéndum, concretaba la pregunta a formular y declaraba el carácter vinculante de su resultado, de modo que la existencia de más votos afirmativos que negativos implicaría la declaración de independencia de Cataluña (art. 4).

Dos días después de la aprobación de esta ley, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la república. Su objeto y finalidad eran, «una vez proclamada la independencia de Cataluña» y hasta que se aprobase la Constitución que diera forma al nuevo Estado, regular el tránsito del ordenamiento jurídico vigente al que tenía que ir creando la república. En los preceptos basilares de la ley se declaraba la constitución de Cataluña en una «República de Derecho, Democrática y Social» (art. 1); se reiteraba que la soberanía residía en el pueblo de Cataluña (art. 2); y se caracterizaba a la ley de transitoriedad como la norma suprema del ordenamiento jurídico catalán hasta la aprobación de la constitución de la república (art. 3).

El Gobierno interpuso sendos recursos de inconstitucionalidad contra las referidas leyes, con cuya admisión se declaró la suspensión de su vigencia y aplicación³. El Tri-

³ El Gobierno también promovió sendos incidentes de ejecución de la STC 259/2015 en relación con los acuerdos de la Mesa del Parlamento de Cataluña de admisión y tramitación de ambas iniciativas legisla-

bunal declaró su inconstitucionalidad y nulidad en las SSTC 114 y 124/2017, de 17 de octubre, y de 8 de noviembre, respectivamente. La declaración de inconstitucionalidad y nulidad, con base en razonamientos sustancialmente idénticos, se fundó en la vulneración de normas constitucionales materiales, así como en la infracción de los derechos fundamentales de los diputados de la minoría como consecuencia de los graves vicios apreciados en el procedimiento legislativo seguido para la tramitación y aprobación de las dos leyes. Además, la declaración de inconstitucionalidad de la ley del referéndum se sustentó en la infracción de las normas constitucionales de distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cataluña, al desconocer las competencias exclusivas estatales en orden a la regulación y autorización de las consultas populares por vía de referéndum.

El Tribunal, antes de enjuiciar las vulneraciones constitucionales denunciadas, se refirió a la «resulta posición de ajenidad al ordenamiento constitucional» de ambas leyes. Posición de ajenidad que fundó, en primer lugar, en su fórmula de promulgación, pues una y otra ley no fueron promulgadas, como establece el Estatuto de Autonomía, por el presidente de la Generalitat en nombre del Rey y en su condición de representante ordinario del Estado en Cataluña, sino que se acudió a un enunciado atípico en el que se dio simplemente notoriedad a su aprobación; y, en segundo lugar, en la supremacía que ambas leyes pretendían para sí sobre cualesquiera otras normas, incluidas la Constitución y el Estatuto de Autonomía. Además, en cuanto se refiere a la ley del referéndum, por sustentarse en un supuesto «derecho de autodeterminación», que se decía «fundamental e inalienable del pueblo de Cataluña», que ni está reconocido en la Constitución, ni tiene fundamento en el derecho internacional que se invocaba en el preámbulo de la ley.

Tras estas consideraciones, se declaró la inconstitucionalidad y nulidad de las dos leyes por contradecir de modo explícito principios y mandatos esenciales del ordenamiento constitucional, como el que residencia la soberanía nacional en el pueblo español (art. 1.2 CE); el que declara la unidad de la nación española constituida en un Estado social y democrático del Derecho (art. 2 CE); y, en fin, el que proclama la supremacía de la Constitución a la que están sujetos todos los poderes públicos (art. 9.1 CE).

El Tribunal volvió a reiterar una vez más que las infracciones constitucionales en las que incurrieron las leyes impugnadas no eran fruto de «un entendimiento equivocado» de la Constitución, sino el resultado de «un rechazo expreso» a la misma y del desconocimiento por el Parlamento de Cataluña del principio de lealtad constitucional, lo que suponía un atentado a la consideración del Estado español como Estado de derecho y democrático, basado en los principios constitucionales de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, que son valores comunes a los de los Estados miembros de la Unión Europea (art. 2 Tratado de la Unión Europea). En definitiva, el Parlamento de Cataluña —constató el Tribunal— al aprobar dichas leyes había

tivas y con los acuerdos del Pleno de incluir en el orden del día de la sesión su debate y votación y de suprimir trámites esenciales del procedimiento legislativo, que fueron estimados por AATC 123 y 124/2017, de 19 de septiembre, en los que se declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los referidos acuerdos.

pretendido «cancelar de hecho en el territorio de Cataluña y para todo el pueblo catalán la vigencia de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y de cualesquiera reglas de derecho que no se avinieran o acomodaran al dictado de su nuda voluntad», situándose «al margen del derecho», entrando «en una inaceptable vía de hecho» y dejando «declaradamente de actuar en el ejercicio de sus funciones constitucionales y estatutarias». Con su actuación, la mayoría de la cámara —concluyó— «ha puesto en riesgo máximo, para todos los ciudadanos de Cataluña, la vigencia y efectividad de cuantas garantías y derechos preserva para ellos tanto la Constitución como el mismo Estatuto».

Además de las referidas vulneraciones materiales de la Constitución, el Tribunal estimó que en la tramitación parlamentaria de ambas leyes se había incurrido en graves quiebras del procedimiento legislativo, que afectaron a la formación de la voluntad de la cámara y que lesionaron los derechos de los diputados de la minoría al ejercicio del cargo público representativo (art. 23.2 CE). En este sentido, se dejó constancia en una y otra sentencia de las infracciones más relevantes cometidas durante su tramitación, debate y votación, en que se suprimieron fases esenciales del procedimiento legislativo, salvo la presentación de enmiendas al articulado, para lo que se concedió a los diputados y grupos parlamentarios un plazo de dos horas, procediéndose de inmediato al debate y votación de las enmiendas y de los textos legislativos, que fueron aprobados por el Pleno. Asimismo, se resaltó que fueron desestimadas todas las protestas de los grupos parlamentarios de la minoría respecto de los acuerdos de su admisión, de la inclusión de su debate y votación en la sesión plenaria y de la supresión de los trámites parlamentarios. Y, finalmente, se reprochó a la Cámara que no se hubiese permitido a los diputados y grupos parlamentarios solicitar al Consejo de Garantías Estatutarias un dictamen sobre la adecuación de las proposiciones de ley a la Constitución y al Estatuto de Autonomía, pese a que se trata de una facultad que les reconoce tanto la ley reguladora de dicho Consejo como el propio Reglamento del Parlamento de Cataluña. El Tribunal entendió, en definitiva, que la mayoría de la Cámara había innovado en este caso el reglamento parlamentario y había arbitrado «un procedimiento inédito que concibió e impuso a su conveniencia»⁴.

⁴ Al amparo de la ley del referéndum de autodeterminación, el Pleno del Parlamento de Cataluña aprobó la Resolución 807/XI, de 7 de septiembre de 2017, por la que se designaron los miembros de la Sindicatura electoral de Cataluña, que fue impugnada por el Gobierno, suspendida su vigencia y aplicación por providencia del Tribunal de mismo día 7 de septiembre y declarada inconstitucional y nula por STC 120/2017, de 31 de octubre. También al amparo de la citada ley, el Gobierno de la Generalitat aprobó los Decretos 139 y 140/2017, de 6 y 7 de septiembre, de convocatoria del referéndum de autodeterminación y de normas complementarias para su celebración, que fueron impugnados por el Gobierno, suspendida su vigencia y aplicación por providencia del Tribunal de 7 de septiembre y declarados inconstitucionales y nulos por las SSTC 121 y 122/2017, de 31 de octubre.

VI. La celebración del referéndum de autodeterminación y la declaración de independencia: el intento de consumación de la ruptura constitucional

Pese a las advertencias efectuadas por el Tribunal y en frontal incumplimiento de sus resoluciones, el Gobierno de la Generalitat llevó a cabo el 1 de octubre de 2017 el referéndum para la autodeterminación de Cataluña. El día 4 de octubre siguiente la Mesa del Parlamento admitió a trámite la solicitud de convocatoria de una sesión del Pleno para el día 9 de octubre, formulada por los grupos parlamentarios Junts pel Sí y Candidatura d'Unitat Popular-Crida Constituent (CUP-CC), a fin de que compareciera el presidente de la Generalitat para valorar los resultados del referéndum del día 1 de octubre y sus efectos.

Los diputados del grupo parlamentario Socialista del Parlamento de Cataluña interpusieron recurso de amparo contra el citado acuerdo, que fue admitido a trámite por ATC 134/2017, de 5 de octubre, en el que se acordó, a solicitud de los demandantes, suspender la celebración de la sesión plenaria convocada para el día 9 de octubre⁵. Pese a esta suspensión, el presidente de la Generalitat presentó a la Cámara al día siguiente —10 de octubre— los resultados del referéndum de autodeterminación, conforme a lo previsto en la ley de referéndum (art. 4), asumiendo «el mandato del pueblo de Cataluña de que se convierta en un estado independiente en forma de república». Seguidamente, propuso que «el Parlamento suspenda los efectos de la declaración de independencia con el fin de que en las próximas semanas abordemos un diálogo sin el que no es posible llegar a una solución acordada». A continuación, levantada la sesión, el presidente de la Generalitat, los miembros del Consejo de Gobierno y una mayoría de diputados procedieron a la firma en la sede del Parlamento, pero fuera del hemiciclo, de la «Declaración de los representantes de Cataluña», en la que, entre otros pronunciamientos, se proclamaba la constitución de «la República catalana, como Estado independiente y soberano, de derecho, democrático y social» y se disponía «la

⁵ La presidenta y 76 diputados del Parlamento de Cataluña presentaron una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra la decisión de suspender de la sesión plenaria convocada para el 9 de octubre de 2017, que fue declarada inadmisibile por decisión de la Sección Tercera de 7 de mayo de 2019. El TEDH consideró que la intromisión que la suspensión implicaba en el derecho de reunión de los demandantes estaba prevista en la ley, era previsible, respondía a objetivos legítimos y era necesaria en una sociedad democrática. Razonó al respecto, en síntesis, que se trataba de una medida prevista en la LOTC (art. 56), a fin de que el recurso de amparo no perdiera su finalidad; que, además, era previsible, pues el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre la inconstitucionalidad del proceso de creación de un estado catalán independiente; que respondía a objetivos legítimos, como eran los de garantizar los derechos y libertades de los diputados de la minoría frente a los abusos de la mayoría parlamentaria y mantener la seguridad pública; y, en fin, que con dicha medida de suspensión, ante el incumplimiento por la Mesa de la Cámara de las resoluciones del Tribunal Constitucional, este pretendía garantizar el cumplimiento de sus propias decisiones, con el fin de preservar el orden constitucional. Por STC 46/2018, de 26 de abril, el Tribunal declaró que la decisión de la Mesa del Parlamento de Cataluña de convocar la referida sesión del Pleno de la Cámara había vulnerado el derecho de los diputados recurrentes al ejercicio de su cargo público representativo (art. 23.2 CE).

entrada en vigor de la Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República» y el inicio del «proceso constituyente».

Tras sustanciarse el requerimiento que el Gobierno dirigió al presidente de la Generalitat al amparo del artículo 155 CE —que a continuación se aborda—, el Pleno del Parlamento, en sesión celebrada el día 27 de octubre de 2017, debatió y aprobó dos propuestas de resolución presentadas por los grupos parlamentarios Junts pel Sí y Candidatura d'Unitat Popular-Crida Constituent (CUP-CC) denominadas «Declaración de los representantes de Cataluña» y «Proceso constituyente». La primera, reproducía sustancialmente la firmada bajo la misma rúbrica el pasado día 10 de octubre. Por su parte, la segunda declaraba «el inicio y la apertura del proceso constituyente» e instaba al Gobierno de la Generalitat a aplicar la ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la república en tanto se redactase y se aprobase la Constitución de Cataluña.

El Gobierno promovió un incidente de ejecución de la STC 114/2017 en relación con ambas propuestas de resolución, cuya suspensión dispuso el Tribunal por providencia de 31 de octubre de 2017, declarando su inconstitucionalidad y nulidad por ATC 144/2017, de 8 de noviembre. El Tribunal consideró que las resoluciones aprobadas por el Parlamento de Cataluña «plasma[ba]n la contumaz voluntad de esa Cámara de eludir los procedimientos de reforma constitucional para llevar adelante su proyecto político de desconexión del Estado español y crear un estado catalán independiente en forma de república, dando inicio al llamado proceso constituyente», lo que implicaba intentar una inaceptable vía de hecho para reformar la Constitución.

El Tribunal, en una visión de conjunto de la actividad de la cámara en relación con el *procés*, declaró que «la sucesión temporal de acontecimientos en el ámbito del Parlamento de Cataluña desde la aprobación de la resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, anulada por la STC 259/2015, hasta la aprobación de la Leyes 19/2017, de 7 de septiembre, y 20/2017, de 8 de septiembre, denominadas “del referéndum de autodeterminación” y “de transitoriedad jurídica y fundacional de la república”, y la sesión celebrada el 10 de octubre de 2017, así como el propio desarrollo de la sesión parlamentaria celebrada el 27 de octubre de 2017, en la que se aprobaron las impugnadas resoluciones denominadas “Declaración de los representantes de Cataluña” y “Proceso Constituyente”, evidencia la inadmisibles pretensión de una parte de la Cámara autonómica de no respetar el orden constitucional que sustenta su propia autoridad (STC 259/2015, FJ 7) y de incumplir las resoluciones del Tribunal Constitucional, obviando que es a la propia Cámara autonómica a la que le corresponde velar porque su actuación se desarrolle en el marco de la Constitución y que todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva (art. 87.1 LOTC)».

VII. El recurso a la coerción estatal ante el abismo: la aplicación del art. 155 CE

Tras los acontecimientos del día 10 de octubre de 2017, el Gobierno procedió a activar las previsiones del artículo 155 CE y, a tal efecto, dirigió un requerimiento al presidente de la Generalitat, en fecha 11 de octubre de 2017, para que aclarase si las

actuaciones del día 10 podían ser consideradas constitutivas o no de una declaración de independencia, con la advertencia de que entendería afirmativa cualquier contestación distinta a una simple respuesta afirmativa o negativa. En caso de que se hubiese declarado la independencia, se le requirió, a fin de restaurar el orden constitucional y estatutario, que la revocase y cesase cualquier actuación dirigida a la promoción, avance o culminación del denominado proceso constituyente, tendente a la declaración de Cataluña como estado independiente.

Estimadas insatisfactorias, por imprecisas, las contestaciones del presidente de la Generalitat⁶, el Consejo de ministros, por acuerdo de 21 de octubre de 2017, tuvo por no atendido el requerimiento y propuso al Senado para su adopción las medidas que consideró necesarias a fin de imponer a la comunidad autónoma el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales y para la protección del interés general de España. En el acuerdo se apreció la concurrencia del presupuesto para la aplicación del artículo 155 CE como consecuencia del «incumplimiento manifiesto, contumaz y deliberado por la Comunidad Autónoma de Cataluña, por sus máximas instituciones gubernamentales y parlamentarias, de sus obligaciones constitucionales, a través de la puesta en marcha de un proceso de secesión de dicha Comunidad Autónoma del Estado español, con desobediencia rebelde, sistemática y consciente de los reiterados pronunciamientos y requerimientos del Tribunal Constitucional, afectando de manera grave al interés general de España». Incumplimiento que contravenía «como ha afirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional, de manera palmaria la Constitución española, que en su artículo 1.2 consagra la soberanía nacional del pueblo español, y en su artículo 2 garantiza la indisoluble unidad de la Nación española, impidiendo cualquier modificación de dichos preceptos fuera del procedimiento previsto en el artículo 168» (Orden PRA/1034/2017, de 27 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de octubre de 2017, BOE, núm. 260, de 27 de octubre).

Por Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017 se autorizaron las medidas requeridas por el Gobierno, con pequeños condicionamientos y modificaciones, que no alteraron sustancialmente la propuesta gubernamental. El Senado constató «[l]a extraordinaria gravedad en el incumplimiento de las obligaciones constitucionales y la realización de actuaciones gravemente contrarias al interés general por parte de las Instituciones de la Generalitat de Cataluña» (Resolución de 27 de octubre de 2017,

⁶ El presidente de la Generalitat contestó al requerimiento por carta de 16 de octubre de 2017, en la que hizo diversas referencias a «soluciones políticas» y al «diálogo, la negociación y el acuerdo» como formas «de resolver los conflictos», finalizando con la petición de que «concretemos, lo antes posible, una reunión que nos permita explorar nuevos acuerdos». El presidente del Gobierno se dirigió ese mismo día al presidente de la Generalitat lamentando que no hubiera contestado al requerimiento en los términos en los que había sido formulado. El presidente de la Generalitat respondió mediante nueva carta de fecha 19 de octubre, en la que reiteró que «[e]l pueblo de Cataluña, el día 1 de octubre, decidió la independencia en un referéndum», se refirió a su declaración de suspensión de la independencia en la sesión parlamentaria de 10 de octubre, para concluir que «si el Gobierno del Estado persiste en impedir el diálogo y continuar la represión, el Parlamento de Cataluña podrá proceder, si lo estima oportuno, a votar la declaración formal de independencia que no votó el día 10 de octubre».

de la Presidencia del Senado, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017, BOE núm. 260, de 27 de octubre).

De las medidas aprobadas resultaron especialmente relevantes, entre otras, las siguientes: a) la autorización al Gobierno de la Nación para proceder al cese del presidente de la Generalitat de Cataluña y de los miembros del Consejo de Gobierno, asumiendo aquél o los órganos o las autoridades que crease o designase el ejercicio de sus funciones; b) la atribución al presidente del Gobierno de la Nación de la competencia para decretar la disolución anticipada del Parlamento de Cataluña o el fin de la legislatura y convocar elecciones autonómicas; c) el sometimiento de la actuación de la Administración de la Generalitat a las directrices de los órganos o autoridades que crease o designase el Gobierno de la Nación, pudiendo adoptar adicionalmente dichos órganos o autoridades medidas singulares en las áreas de seguridad y orden públicos, de gestión económica, financiera, tributaria y presupuestaria y de telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas y audiovisuales; d) la privación al presidente del Parlamento de la facultad de proponer candidato a la presidencia de la Generalitat y de convocar sesión de investidura hasta la constitución del nuevo Parlamento surgido de las elecciones autonómicas que convocase el presidente del Gobierno; e) eximir del control político del Parlamento de Cataluña a los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno de la Nación para el desarrollo y ejecución de las medidas aprobadas, quedando sometidos exclusivamente al control del órgano que designase el Senado; y, en fin, f) el deber de conformidad a la Constitución, al Estatuto de Autonomía y a las decisiones del Tribunal Constitucional de las declaraciones y propuestas de resolución que aprobase el Parlamento⁷.

La vigencia de las medidas acordadas se previó hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno de la Generalitat que resultase de la celebración de las elecciones al Parlamento de Cataluña. Estas tuvieron lugar el 21 de diciembre de 2017, quedando constituida la Cámara el día 17 de enero de 2018 (Real Decreto 1/2018, de 9 de enero, BOE núm. 9, de 10 de enero). Tras diversas propuestas de investiduras fallidas, el Parlamento en sesión de 14 de mayo de 2018 eligió al nuevo presidente de la Generalitat, nombrado por Real Decreto 291/2018, de 15 de mayo (BOE núm. 119, de 16 de mayo), que tomó posesión de su cargo el día 17 siguiente. Por Decreto del presidente de la Generalitat 3/2018, de 29 de mayo (DOGC núm. 7632, de 1 de junio), fueron nombrados el vicepresidente y los consejeros miembros del Consejo de Gobierno, que tomaron posesión de su cargo el día 2 de junio. Con este acto se cumplió la condición a la que se vinculaba la vigencia de las medidas adoptadas al amparo del artículo 155 CE, decayendo la misma.

Contra el Acuerdo del Senado se interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad por diputados del grupo parlamentario Unidos-Podemos-En Comú Podem-En

⁷ En aplicación de la referidas medidas se aprobaron, entre otros, los Reales Decretos 942 y 943/2017, de 27 de octubre, por los que se dispuso, respectivamente, el cese del presidente de la Generalitat de Cataluña y del Vicepresidente y Consejeros integrantes del Consejo de Gobierno; el Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, por el que se designaron a los órganos y autoridades encargados de dar cumplimiento a las medidas dirigidas al Gobierno y a la Administración de la Generalitat de Cataluña; y el Real Decreto 946/2017, de 27 de octubre, de convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña y de su disolución.

Marea del Congreso de los Diputados y por el Parlamento de Cataluña, en los que recayeron, respectivamente, las SSTC 89 y 90/2019, de 2 de julio, en las que el Tribunal avaló la constitucionalidad de la aplicación del artículo 155 CE y, sustancialmente, todas medidas impugnadas.

El Tribunal califica el procedimiento del artículo 155 CE como una modalidad extraordinaria de control o vía específica de coerción estatal sobre la actividad de las comunidades autónomas para afrontar incumplimientos constitucionales extremadamente cualificados, que suponen una injerencia en su autonomía, «en pro de la consecución de los fines para los que la norma fundamental autoriza dicha injerencia». Esta modalidad de control sólo puede activarse ante una actuación autonómica que incumpla las obligaciones que le impone la Constitución u otras leyes y/o que atente al interés general de España, frente a la que no existan otras vías generales o comunes de control, jurisdiccionales o no, a través de las cuales se pueda asegurar el cumplimiento de dichas obligaciones o el cese en aquel atentado.

Al Tribunal no le mereció tacha alguna la apreciación del Gobierno sobre la concurrencia del presupuesto habilitante para iniciar el procedimiento del artículo 155 CE, pues las actuaciones de las instituciones de la Comunidad Autónoma de Cataluña que se relacionan en el acuerdo «contrariaron principios esenciales de nuestro ordenamiento constitucional», como el de sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1 CE), llegando a discutir «la preservación misma del Estado español, intentando cuestionar su unidad e integridad territorial y constitucional» (art. 2 CE), con la consiguiente «ruptura del orden constitucional». Entendió, de otra parte, que el requerimiento formulado por el Gobierno había sido desatendido por el presidente de la Generalitat, ya que sus contestaciones fueron «ajenas al sentido del requerimiento que busca la restauración del orden jurídico por la propia comunidad autónoma con la aceptación del mismo, lo que implica cumplir con lealtad lo hasta entonces incumplido o comprometerse a hacerlo reintegrándose al orden constitucional». En este sentido, descartó que el artículo 155 CE sea «un cauce para un diálogo político», que en ningún caso puede versar sobre «la sujeción o no a las reglas y principios jurídicos de todos cuantos ejercen poder público». Además, consideró la aprobación por el Parlamento de Cataluña de las resoluciones «Declaración de los representantes del Cataluña» y «Proceso constituyente», en su sesión de 27 de octubre de 2017, antes de que el Senado adoptase, ese mismo día, el acuerdo recurrido, prueba insoslayable de la desatención del requerimiento.

En atención a las circunstancias valoradas por el Senado, el Tribunal no estimó inadecuadas o desorbitantes las concretas medidas impugnadas por los recurrentes. Así, la autorización al Gobierno de la Nación para proceder al cese del presidente de la Generalitat y de los miembros del Consejo de Gobierno, asumiendo aquél o los órganos o autoridades que crease o designase el ejercicio de sus funciones, pues no es lógico considerar que uno de los órganos responsables «de unas decisiones lesivas para el interés general de España y vulneradoras del ordenamiento constitucional y estatutario, fuera, ya fracasado el requerimiento, el encargado de restablecer la integridad de las funciones y competencias que tiene atribuidas y devolverlas a la legalidad constitucional y estatutaria».

Tampoco le mereció un juicio distinto la facultad atribuida al presidente del Gobierno para disolver el Parlamento y convocar elecciones autonómicas, ya que la medida «puede verse, en sí misma, como remedio necesario» para restaurar el orden constitucional infringido o impedir que su conculcación persista, dado que el Parlamento de Cataluña no «ha sido en absoluto ajeno a los hechos que han desembocado en la aplicación del art. 155 CE». En todo caso, señaló que había quedado excluida tanto la supresión de la cámara como la suspensión indefinida de la actividad parlamentaria, cuya pervivencia garantizaba la diputación permanente.

En el apartado de las medidas dirigidas a la Administración de la Generalitat, el Tribunal apreció como «medidas necesarias», atendidas las circunstancias del caso, el sometimiento de las actuaciones de la Administración de la Generalitat a un régimen de comunicación o autorización previa y la declaración de invalidez e ineficacia de las disposiciones, actos y resoluciones autonómicas dictados en contravención con las medidas acordadas por el Senado o que se llevasen a cabo sin cumplir los requisitos que estableciesen los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno. También la medida de sustitución, en caso necesario, de los miembros de los Mossos d'Esquadra por efectivos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, al haber pasado el mando sobre la policía autonómica a los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno para la aplicación de las medidas acordadas, debiendo considerarse aquella posible sustitución como una reasignación o redistribución administrativa de efectivos o unidades operativas de ambos cuerpos policiales. La única medida que mereció reproche de inconstitucionalidad fue la previsión de la ineficacia de la publicación en los diarios oficiales de la comunidad autónoma y del Estado de cualquier resolución, acuerdo, acto o disposición no autorizado o prohibido por los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno, por vulnerar el principio de seguridad jurídica al estar constitucionalmente garantizada la publicidad de las normas (art. 9.3 CE), mediante la que se asegura la certeza del derecho y la legítima confianza de los ciudadanos en su validez.

En fin, en relación con las medidas dirigidas al Parlamento, el Tribunal descartó la inconstitucionalidad de que no pudiera iniciarse, tramitarse y culminarse un procedimiento de investidura del presidente de la Generalitat hasta la constitución de la nueva asamblea legislativa tras la celebración de las elecciones autonómicas, pues era una consecuencia obligada de las medidas de cese y sustitución en el ejercicio de sus funciones del presidente de la Generalitat y de los miembros del Consejo de Gobierno. La misma conclusión alcanzó en relación con eximir del control político del Parlamento autonómico al Gobierno y a los órganos o autoridades designados o creados para la aplicación de las medidas acordadas, al no existir una relación de dependencia, en términos de confianza política, entre aquél y éstos.

VIII. Epílogo

Exceden del objeto de este trabajo los litigios que en los distintos órdenes e instancias jurisdiccionales ha suscitado el *procés*, pendientes no pocos de ellos de resolución

en el momento de su redacción. No obstante, es imprescindible dejar constancia de la causa seguida ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (núm. 20907/2017) contra altos cargos públicos, dirigentes políticos y líderes sociales que encabezaron el proceso secesionista, entre otros, el entonces presidente de la Generalitat y miembros del Consejo de Gobierno, la presidenta del Parlamento y los presidentes de la Asociación Nacional Catalana (ANC) y Òmnium Cultural. En la causa se dictó la Sentencia núm. 459/2019, de 14 de octubre, en la que algunos de los procesados fueron condenados por un delito de sedición en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos agravado por su cuantía, otros por un delito de sedición y otros por delito de desobediencia⁸.

Asimismo, sobrepasa las lindes de este trabajo las medidas políticas que se han adoptado, o que en el momento de su redacción se debaten adoptar, a fin de paliar las responsabilidades de índole penal, administrativa y/o contable en las que incurrieron —o se encuentran aún pendientes de dilucidar— quienes diseñaron, lideraron y participaron en el desafío que para el orden constitucional supuso el proceso secesionista en Cataluña. Entre estas medidas, han de resaltarse los indultos concedidos a los condenados a penas privativas de libertad por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, únicamente respecto al tiempo pendiente de cumplimiento de esta pena, a condición de que no vuelvan a cometer un delito grave en el plazo que se señala para cada uno de los condenados⁹.

⁸ Por un delito de sedición en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos fueron condenados el vicepresidente don Oriol Junqueras i Vies, al que se le impusieron las penas de 13 años de prisión y de inhabilitación absoluta; y los consejeros don Raül Romeva i Rueda, don Jordi Turul i Negre y doña Dolors Bassa i Coll, a los que se les impusieron las penas de 12 años de prisión y de inhabilitación absoluta. Por SSTC 91/2021, de 2 de abril; 45 y 46/2022, de 22 y 23 de marzo, fueron desestimados los recursos de amparo que interpusieron contra la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Por un delito de sedición fueron condenados la presidenta del Parlamento doña Carme Forcadell i Lluís, a la que se le impusieron las penas de 11 años y seis meses de prisión y de inhabilitación absoluta; los consejeros don Joaquim Forn i Chiarello y don Josep Rull i Andreu, a los que se les impusieron las penas de 10 años y seis meses de prisión y de inhabilitación absoluta; y los presidentes de ANC y Òmnium Cultural don Jordi Sánchez i Picanyol y don Jordi Cuixart i Navarro, a los que se les impusieron las penas de 9 años de prisión y de inhabilitación absoluta. Por SSTC 106/2021, de 11 de mayo; 121 y 122/2021, de 2 de junio; 184/2021, de 28 de octubre; y 47/2022, de 24 de marzo, fueron desestimados los recursos de amparo que interpusieron contra la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Por un delito de desobediencia fueron condenados los consejeros don Santiago Vila i Vicente, doña Meritxell Borrás i Solé y don Carlos Mundó i Blanch, a los que se les impuso la pena de multa de 10 meses. Por SSTC 34/2021, de 17 de febrero, y 67/2021, de 17 de marzo, fueron desestimados los recursos de amparo que interpusieron estos dos últimos contra la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Por auto de 9 de julio de 2018 se declaró en rebeldía, acordándose suspender y archivar la causa hasta que fueran hallados, a los procesados don Carles Puigdemont i Casamajó, don Antoni Comín y Oliveres, doña Clara Ponsatí i Obiols y doña Marta Rovira i Vergés.

⁹ Los indultos fueron concedidos por Reales Decretos 456 a 464/2021, de 22 de junio (BOE núm. 149, de 23 de junio). En ellos se dice que «atendiendo a las circunstancias [...] de los condenados] y, en particular, a los motivos de utilidad pública que se exponen en la propuesta del Ministro de Justicia de acuerdo con la información que obra en el citado expediente, se estiman que concurren las citadas razones de utilidad pública», por lo que, previa deliberación del Consejo de ministros, se estima procedente su concesión.

También los sobrepasa la medida objeto de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, «de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña». Amnistía que pretende alcanzar a los actos y acciones determinantes de responsabilidad penal, administrativa y/o contable vinculados o ejecutados en el marco de las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017, siempre que se hubieran realizado entre los días 1 de noviembre de 2011 —que se fija como fecha en que empezaron a desarrollarse los hechos del proceso independentista— y el 13 de noviembre de 2023, incluidos los cometidos con la intención de reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña, así como los que hubieran contribuido a la consecución de tales propósitos (art. 1).

La clamorosa inconstitucionalidad del *procés*, conscientemente buscada con su actuación por determinados poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Cataluña, en especial, su presidente, su Parlamento y miembros del Consejo de Gobierno, y la conformidad al texto constitucional de la reacción del Estado al proyecto secesionista mediante el recurso al artículo 155 CE, han sido declaradas por quien tiene competencia para hacerlo, el Tribunal Constitucional, en el ejercicio de la función jurisdiccional que le encomienda la Constitución en defensa del orden constitucional. Por su parte, la trascendencia penal de las conductas de quienes lideraron e impulsaron aquel proyecto al margen de los cauces constitucionales ha sido declarada, con las consecuencias que ha determinado, por el máximo órgano jurisdiccional competente para hacerlo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en un proceso que no sólo no ha merecido, al menos aún, tacha o reproche jurisdiccional alguno, sino que, por el contrario, ha sido destacado como modélico tanto por observadores nacionales como internacionales.

La ley de amnistía viene suscitando, como no podía ser de otro modo, un controvertido debate jurídico en torno a la constitucionalidad de la medida, más allá de los criterios de oportunidad sobre la conveniencia o no de su concesión.

Sin duda, el Tribunal Constitucional va a tener que pronunciarse sobre la constitucionalidad de su regulación, así como sobre las dudas de constitucionalidad que a los órganos judiciales les pueda suscitar su aplicación. Ante esta tarea, realmente nada sencilla, la defensa jurídica de la Constitución que el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo ante el *procés*, que en este trabajo se ha pretendido poner en valor, es garantía de que, más allá de las eventuales críticas que puedan suscitar sus pronunciamientos, sometidos, evidentemente, al escrutinio público, acometerá, sin duda, como, por lo demás, siempre lo ha hecho, su función como juez de la ley en los términos y condiciones constitucionalmente determinados, en defensa, otra vez, de la Constitución.

HISTORIZAR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

MARIAN AHUMADA

Profesora Titular de Derecho Constitucional

*La jurisdicción constitucional se inauguró entre nosotros rodeada de zozobras
y sin memoria institucional relevante, de modo que ha necesitado,
y aún necesitará seguramente, de ciertos reajustes periódicos en atención
a una experiencia que no ha podido valerse de tradición propia alguna.*

Javier Jiménez Campo, «Política de la constitucionalidad».

Se hace camino al andar...

Antonio Machado

I. El fin de la historia de la jurisdicción constitucional y el comienzo de la historia de los tribunales constitucionales

En el comentario académico sobre el panorama actual de la justicia constitucional llama la atención el cruce de mensajes contradictorios. Junto al reconocimiento de la vigorosa difusión de la jurisdicción constitucional por todo el mundo cada vez son más las voces que alertan de las amenazas a la jurisdicción constitucional y del número creciente de tribunales constitucionales en peligro¹ ¿Cómo hay que interpretarlo?

La proliferación de tribunales constitucionales en el mundo es un hecho. Como sucedió antes con las constituciones y con la democracia, el valor indiscutido a estas alturas de la jurisdicción constitucional y el prestigio de tribunales constitucionales experimentados, la hacen deseable para cualquier país (y es bien sencillo crear un tribunal constitucional). También hay incentivos en el plano internacional: los tribunales constitucionales son interlocutores predilectos de organismos internacionales de garantía de derechos humanos

* El presente trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación PID2021-124370NB-I00 (IP: M. Ahumada) titulado: «La evolución del Tribunal Constitucional y la construcción de su identidad institucional».

¹ Christine Landfried (ed.), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge University Press, 2019; Andreas Voßkuhle, «Die weltweite Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit», *Juristen Zeitung*, vol. 79, 2024, pp. 1-7; Fortunato Musella y Luigi Rullo, «Constitutional Courts in turbulent times» (presentación del número monográfico «Constitutional Courts Under Stress»), *European Politics and Society*, 2023, pp. 1-7; Kim Lane Scheppele, «Autocratic Legalism», *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, 2018, pp. 545-584; Peter Huber, «Europäische Verfassungs- Und Rechtsstaatlichkeit In Bedrängnis: Zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa», *Der Staat*, vol. 56, 2017, pp. 389-414.

y un factor de peso en los variados índices que miden el grado de conformidad de los sistemas políticos con los requisitos formales del Estado de Derecho. La decisión de contar con un tribunal constitucional ya no se limita a países en transición a la democracia, o a nuevas democracias. A la vista del listado de miembros de la Conferencia Mundial de Justicia Constitucional —una lista que aumenta de una convocatoria a otra—, hay más tribunales constitucionales que democracias (y esto hablando de democracias a secas, no de democracias «consolidadas»)². La presencia de tribunales constitucionales en entornos políticos no democráticos o, directamente, en países autocráticos, es otra faceta del éxito de la jurisdicción constitucional que no debe pasarse por alto³.

Una caracterización amplia de la jurisdicción constitucional como jurisdicción experta en cuestiones constitucionales y derechos fundamentales, hace que en algunos países los tribunales supremos reivindiquen para sí la denominación de tribunales constitucionales. De este modo parece que se diluye de alguna manera la noción del tribunal constitucional (el tribunal especializado, creado *ad hoc*, con jurisdicción exclusiva, ante el que se formalizan los procesos constitucionales). Sin embargo, no se trata simplemente de una cuestión de empleo desvirtuado y generalización de la denominación. Aunque es posible que también esta sea otra de las consecuencias del prestigio asociado a la etiqueta, lo cierto es que esta ampliación del género «tribunal constitucional», nos obliga a repensar qué es lo que debe considerarse verdaderamente definitorio de este tipo de tribunal. ¿Su competencia para el control de constitucionalidad de las leyes?, ¿su condición de intérprete supremo de la Constitución?, ¿su posición institucional distinta del resto de los tribunales?, ¿su creación *ad hoc* con este nombre? Está fuera de duda que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos no es un tribunal kelseniano, pero ¿con arreglo a qué criterios se puede sostener sin matices que no es un tribunal constitucional?⁴ El Tribunal Supremo mexicano, el brasileño, el argentino,

² En el momento de celebración de su última reunión en 2022 en Bali, la Conferencia Mundial de Justicia Constitucional (WCCJ, por sus siglas) contaba con 120 miembros (en la primera, en 2009 participaron 93). Tal y como se recoge en los estatutos de esta organización, pueden ser miembros, además de tribunales constitucionales, otros «órganos equivalentes (consejos constitucionales, tribunales que ejercen jurisdicción constitucional, salas constitucionales, “etc.”)», además de los tribunales integrados en una variedad de asociaciones o conferencias de tribunales constitucionales «o equivalentes» constituidas con arreglo a criterios geográficos o lingüístico-culturales (p. ej., entre otras, Association of Asian Constitutional Courts and equivalent Institutions, Association of Constitutional Courts using the French Language, Conference of Constitutional Control Organs of Countries of New Democracy, Union of Arab Constitutional Courts and Councils) Puede consultarse la información en la página web de la Comisión de Venecia <https://www.venice.coe.int>.

³ Me estoy refiriendo específicamente al caso de países no democráticos que deciden establecer un tribunal constitucional, y a países que no culminan la transición a la democracia y cuentan con tribunales constitucionales. La situación de reversión o degradación de sistemas democráticos que afecta a sus tribunales constitucionales es diferente. También es distinta la cuestión de la presencia y funcionamiento de formas de jurisdicción constitucional en sociedades pre-democráticas (si nos atenemos a una concepción contemporánea de lo que es una sociedad democrática), una condición en la que transcurre buena parte de la ininterrumpida historia de la *judicial review* en Estados Unidos o del amparo en México. Históricamente, la jurisdicción constitucional es una técnica del constitucionalismo, no de la democracia.

⁴ En el caso *Raines v. Byrd*, 521 U.S. 811 (1997), el Tribunal Supremo de EEUU se declaró incompetente para decidir sobre la constitucionalidad de una ley impugnada por varios miembros del Congreso, con

ejercen jurisdicción constitucional. Y si incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de la Unión Europea se presentan en ocasiones con ese carácter, ¿cómo calificar al Tribunal Supremo del Reino Unido —que nunca ha pretendido ser un tribunal constitucional— cuando decide casos sobre el procedimiento del Brexit o sobre los límites del poder de prerrogativa para suspender las sesiones del Parlamento?⁵

La expansión de la jurisdicción constitucional y el auge de los tribunales constitucionales son el resultado del triunfo de una idea: que es posible un diseño de la garantía judicial de la constitución más simple y controlado que la ingobernable *judicial review* americana, a través de la institución de un tribunal constitucional y del establecimiento de procedimientos especiales de control de constitucionalidad. Nunca sabremos si esta idea, defendida y explicada por Hans Kelsen en los años veinte y treinta del siglo pasado, llevada a la práctica en unos pocos países en el período de entreguerras —con resultados desalentadores, puesto que todos sucumbieron a la barbarie totalitaria—, habría llegado a imponerse en nuestros días por la vía de la razón, de no haberse producido «el milagro de Karlsruhe»⁶. El Tribunal Constitucional austríaco actual, orgulloso continuador del original fundado por la Constitución de 1920, ha celebrado recientemente el centenario de su creación. Con este récord de antigüedad y genuino linaje kelseniano, no es, sin embargo, el modelo inspirador para los actuales tribunales constitucionales. El tribunal austríaco-kelseniano sigue dando nombre al modelo europeo de la jurisdicción constitucional concentrada, pero es el Tribunal Constitucional alemán, artífice de la proeza de transformar el Estado del pasado nazi en una democracia constitucional modelo, el que con su autoridad doctrinal sin rival acapara toda la atención y se quiere replicar alrededor del mundo.

el argumento de que estos carecían de legitimación para un control abstracto de la ley. La sentencia señala que «no hay nada de irracional» en reconocer ese tipo de legitimación, como se hace a través de distintas fórmulas en países europeos con Tribunales Constitucionales, pero no es el caso del sistema americano, «que prevé una competencia más limitada [*a more restricted role*] para sus tribunales» (p. 828). Sobre la cuestión, posteriormente, a propósito del caso *Noel Canning* (2013) véase el intercambio entre Jamal Greene «The Supreme Court as a Constitutional Court», *Harvard Law Review*, vol. 128, 2014, pp. 124-153; y Sanford Levinson «Constitutional Design», *Harvard Law Review Forum*, vol. 128, 2014, 14-23.

⁵ Al respecto, el interesantísimo ensayo de Roger Masterman y Jo Erik Khushal Murkens, «Skirting supremacy and subordination: the constitutional authority of the UK Supreme Court», *Public Law*, 2013, pp. 800-820. Los autores subrayan el carácter «*un-British*», irremediamente influido por el contexto europeo y la cultura jurídica continental, del nuevo Tribunal Supremo, que no se ha limitado a subrogarse en las competencias de la vieja *House of Lords* judicial.

⁶ Todavía en 1942 Kelsen seguía defendiendo la superioridad del esquema de garantía judicial de la constitución y control de constitucionalidad a través de un tribunal constitucional —según el modelo de la Constitución austríaca de 1920— frente a lo que consideraba los defectos del sistema de *judicial review* en Estados Unidos, y esto, a pesar de que el sistema austríaco había sido desmontado con facilidad tras una reforma legal en 1930, mientras el sistema americano, con todos sus defectos, llevaba en pie desde 1803. Aún fueron más breves las experiencias del primer Tribunal Constitucional checoslovaco (previsto en la Constitución de 1920 pero sin constituir entre 1931 y 1937 y, por tanto, prácticamente sin funcionamiento) y del Tribunal de Garantías español (activo entre 1933 y 1938). Hans Kelsen, «Judicial Review of Legislation: A comparative Study of the Austrian and American Constitution», *The Journal of Politics*, vol. 6, 1942, 183-200 [incluido en *Escritos sobre Justicia constitucional*, Tecnos, Madrid, 2021, pp. 321-342 (trad. JuanLuis Requejo Pagés)].

La Corte Constitucional italiana o el Consejo Constitucional francés representan, bajo fórmulas muy diferentes, otras configuraciones de la idea kelseniana original. En conjunto, estos órganos pioneros demostraron la capacidad de acomodación de la nueva institución a las condiciones de las democracias constitucionales de la posguerra, su habilidad para adaptarse a las vicisitudes de los sistemas parlamentarios, con los cambios de gobiernos y mayorías, y en ese marco, cada uno en el contexto político que le correspondió, mostró la habilidad suficiente para afirmar su identidad y encontrar su misión distintiva y necesaria y convertirse en una pieza fundamental del sistema constitucional. Quienes han estudiado en detalle las condiciones de la creación y puesta en funcionamiento de los nuevos órganos de la justicia constitucional en los años cincuenta nos describen el escepticismo y el escenario de incertidumbre que rodeó su nacimiento y lo inesperado de su éxito.

A raíz de estas experiencias aleccionadoras y ejemplares, la situación fue muy diferente para los tribunales constitucionales que se crearon después. Llegados los años noventa, la década del «surgimiento del constitucionalismo mundial» (Ackerman), en todos los lugares, pero sobre todo en Europa, el guion para cualquier país aspirante a la democracia estaba escrito e incorporaba, además de elecciones y constitución (derechos y división de poderes), un tribunal constitucional. Democracia constitucional y jurisdicción constitucional parecían así converger de modo casi natural. De la mano de la democracia liberal, la jurisdicción constitucional también parecía haber llegado al «fin de la historia»⁷.

Ahora, con el retorno a la inestabilidad de la democracia en varios países de Europa, ¿ha recommenzado también la historia para la jurisdicción constitucional?, ¿vuelve a estar en cuestión «la idea»? ¿no estaba justificada la confianza en esta solución sencilla y ordenada para garantizar la constitución y los derechos y, de ese modo, «defender a la democracia de sí misma»⁸?

Hay una historia de la jurisdicción constitucional en Europa, nos muestra Cruz Villalón, que a partir de determinado estadio de su evolución es ya verdaderamente *una historia europea*, historia común o, si se prefiere, una historia integrada y no una fragmentaria «historia de historias»⁹. Y aunque en el tramo final de esta evolución ha entrado «el vendaval de la europeización»¹⁰ que debilita, cuando no echa por tierra, algunos de los fundamentos sobre los que se construyó la posición y función singular del elemento central del sistema de control de constitucionalidad al modo europeo

⁷ Francis Fukuyama, «¿El fin de la historia?» (1989), incluido en *¿El fin de la historia? y otros ensayos*, Alianza Editorial, Madrid, 2015. La conexión entre la situación del «fin de la historia» para la democracia y para la jurisdicción constitucional la hacen también otros autores: Kim Lane Scheppele, «Autocratic Legalism», cit., n. 1, pp. 559-560; Peter Huber, cit., n. 1, p. 389.

⁸ Discurso del Presidente de la Corte Constitucional italiana Aldo Maria Sandulli en 1968, citado por Andrea Simoncini, «L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico», *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 4, 2004, p. 3077.

⁹ Pedro Cruz Villalón, «La dimensión evolutiva de la jurisdicción constitucional en Europa», incluido en *La Justicia Constitucional en el espacio jurídico europeo*, Armin von Bogdandy y José Martín y Pérez de Nanclares, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 49-128.

¹⁰ *Ibid.*, p. 126.

—el tribunal constitucional—, la historia de la jurisdicción constitucional europea, con independencia de lo que depare el futuro, ya es historia hecha, *histoire accomplie*.

En contraste, la historia de los tribunales constitucionales está, en buena medida, por hacer.

II. La historización de los tribunales constitucionales

Frente a la larga y consolidada tradición de los estudios históricos sobre el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y sus jueces, con obras de calidad excepcional¹¹, el campo de la historia de los tribunales constitucionales es todavía un territorio poco frecuentado en Europa, aunque la situación comienza a cambiar.

Desde luego, la función y la actividad de los tribunales constitucionales han concitado interés académico desde el primer momento y la producción de estudios jurídicos sobre la jurisdicción constitucional, la regulación de los tribunales constitucionales, los procedimientos y la jurisprudencia es enorme. Los enfoques de carácter politológico o sociológico aplicados al examen de la actividad de estos tribunales, que en Estados Unidos son muy abundantes, van en aumento, pero han sido mucho menos habituales. Más centrados en el análisis del poder de estos tribunales y su influencia en los procesos políticos y en las transformaciones sociales, este tipo de estudios tiende a verse como complementario de los primeros¹². Asimismo, son todavía escasos y (quizá por ello) revisten especial interés obras centradas en el funcionamiento interno de la institución (reparto de trabajo, usos y reglas de la deliberación, metodología de la elaboración de la decisión), elaboradas por jueces constitucionales o a partir de entrevistas o información proporcionada por ellos¹³.

¹¹ Como muestra y también como una buena guía para introducirse en la abrumadora bibliografía americana sobre el Tribunal Supremo en sus distintas épocas —y otros tópicos conectados: biografías de sus jueces, reconstrucción de los grandes casos en contexto, el estilo de las sentencias, las técnicas de interpretación de la constitución que aplica, la evolución en el funcionamiento interno de la institución—, puede consultarse el «Ensayo Bibliográfico» preparado por Sanford Levinson e incluido como apéndice de la clásica obra de Robert G. McCloskey, *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, 2005 [4.ª ed. revisada, hay otra posterior de 2016 (6.ª ed.)]. La selección bibliográfica comentada por Levinson ocupa más de 40 páginas de letra apretada.

¹² Un tema característico en estos estudios es el de los procesos y condiciones para la adquisición de autoridad, vid, por ejemplo, Tom Ginsburg, Nino Garoupa, «Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences», *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 28, 2011, pp. 539-568. Sobre el creciente interés en este tipo de estudios en relación con el Tribunal Constitucional Alemán y el Consejo Constitucional francés, las observaciones de Aurore Gaillet, *La Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande. Reconstruire une démocratie par le droit (1945-1961)*, pp. 73 y 86-89. Al interés sobresaliente de algunas investigaciones recientes sobre el Conseil que llevan a cabo un riguroso análisis jurídico, politológico y sociológico del funcionamiento de esta institución (y ofrecen una visión crítica del mismo) se refiere Laurence Burgorgue-Larsen, «La figura del “juez constitucional” francés: una excepción indefendible en el siglo XXI», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2023, pp. 167-189 y especialmente nota 5.

¹³ Gertrude Lübke-Wolff, *¿Cómo funciona el Tribunal Constitucional Federal alemán?* (trad. Jorge León Vázquez), Palestra, Lima, 2019; y de la misma autora, antigua jueza del Segundo Senado del TCF *Beratungs-*

Tratándose de una institución nueva, la historización de los tribunales constitucionales solo puede llegar con la acumulación de cierta experiencia de funcionamiento. En los comienzos de la andadura del Tribunal Constitucional español, el Presidente Tomás y Valiente, él mismo historiador del Derecho, lo expresaba de este modo,

«Hace algo más de seis años que el Tribunal inició su funcionamiento: ya tiene, pues, historia, es decir, memoria de sí mismo. Tener historia significa tener de modo incoativo el futuro en el pasado, pero solo podremos beneficiarnos de la experiencia acumulada si sobre ella proyectamos nuestra reflexión»¹⁴.

Hay que preguntarse por qué la reflexión experta sobre «la historia vivida» de los tribunales constitucionales tarda en producirse. Ciertamente indagar en esa historia no cambia el presente, pero resulta crucial para comprender el devenir y la trayectoria de la institución de modo más exacto y matizado. Conocer, por ejemplo, en qué condiciones, en qué contexto, se adoptaron decisiones que han resultado definitorias para la institución, puede contribuir a reforzar o relativizar reglas autoimpuestas. Examinar el comportamiento del tribunal ante las crisis, analizar cómo construye su relación con los demás poderes, con la prensa, con la opinión pública, son indagaciones que sirven para caracterizar la institución en la medida en que proporcionan datos reveladores de su autopercepción, de la imagen que pretende proyectar de sí misma. Cómo trabaja el tribunal su voz propia, qué circunstancias colaboran en la adquisición (o pérdida) de prestigio y autoridad, detenerse en las personalidades de los jueces que se incorporan en distintos momentos al tribunal y examinar la variedad de experiencias y conocimiento que aportan a la institución y cómo contribuyen o dificultan la generación de consensos y doctrina, son cuestiones cuya respuesta nos descubre el peso de factores no regulables en la conformación de la institución, que moldearán su identidad y, en esa medida, las características de su contribución a la cultura constitucional.

Hay una inevitable distancia entre el tribunal «en acción» y el tribunal imaginado por los constituyentes y diseñado por la ley («*in books*»)¹⁵: la experiencia del tribunal no siempre se corresponde con las expectativas¹⁶. No obstante, un tribunal, como

kulturen. *Wie Verfassungsgerichte arbeiten, und wovon es abhängt, ob sie integrieren oder polarisieren*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlin, 2023. En relación con la técnica deliberatoria del Tribunal Constitucional español y el Tribunal Supremo brasileño (a partir de entrevistas con los Jueces), André Rufino do Vale, *La deliberación en los tribunales constitucionales*, CEPC, Madrid, 2017. Referido al Tribunal Supremo británico resulta modelico, con el empleo de la «elite interview» como base, el estudio de Alan Paterson, *Final Judgment. The Last Law Lords and the Supreme Court*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

¹⁴ Discurso en la conmemoración del sexto aniversario de la constitución del Tribunal, incluido en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 1993, p. 211.

¹⁵ Traslado al plano de esta institución la clásica y fundamental reflexión de Roscoe Pound, «Law in books and law in action», *American Law Review*, vol. 44, 1910, pp. 12-36.

¹⁶ Las representaciones equivocadas de la misión o de la autoridad del tribunal por parte de los políticos que intervienen en su creación o en su regulación (o las que están detrás del respaldo a determinados candidatos a jueces) no son una rareza. Es conocido el lamento de Adenauer a raíz del enfrentamiento con el Tribunal Constitucional a propósito del proyectado Tratado europeo de defensa —«esto no es lo que nos habíamos imaginado»—, que recuerda a la confesión de Eisenhower cuando reconocía que «mis dos mayores errores están vivos y sentados en el Tribunal Supremo» (en referencia a los Jueces Earl Warren y William

institución, se alimenta de la experiencia, que influirá sobre su actuación posterior. Y puesto que los tribunales constitucionales que se crean a partir de los años ochenta el pasado siglo se sirven de las experiencias previas de los primeros tribunales constitucionales europeos, reconstruir su contexto histórico implica atender también a esas otras historias de los tribunales constitucionales de referencia. Un examen cuidadoso de este cruce de experiencias puede poner de manifiesto que junto a adaptaciones conscientes de soluciones previamente ensayadas por otros tribunales, se detectan mimetismos automáticos o importaciones de usos o fórmulas no suficientemente valoradas en cuanto a sus repercusiones, o en cuanto a su justificación en un contexto diferente.

Los investigadores que se están ocupando de la historia de los tribunales alemán e italiano han escrito sobre los variados desafíos que sigue presentando la reconstrucción de las primeras etapas, seguramente las más estudiadas, en los tribunales más antiguos¹⁷. La dificultad se debe, en muchas ocasiones, a lo limitado de las fuentes documentales disponibles para la reconstrucción, reducidas por lo común a las resoluciones judiciales (en el mejor de los casos, acompañadas de votos), algunos pocos documentos públicos, las crónicas periodísticas del momento y ocasionales comentarios o memorias de los jueces y de otros juristas con acceso a los jueces¹⁸. La mayor parte de la documentación producida y custodiada por los tribunales, referida a su actividad, no es accesible para el público. En relación con la historia de un tribunal constitucional, la información más preciada es la de actas de reuniones de deliberación y votaciones (protegidas por el secreto) así como borradores preparatorios de sentencias u otras resoluciones, circulados entre los jueces. La situación se considera en un momento de cambio con nuevas regulaciones que pretenden ampliar el acceso a los archivos judiciales (normalmente sujetos a un régimen especial, distinto del general de los archivos estatales dependientes de la Administración). En Alemania, por ejemplo, la regulación actual (desde 2013) permite la consulta de esos documentos transcurridos sesenta años, de modo que aún

Brennan, promovidos por él al Tribunal Supremo, y que se convertirían en los más activos impulsores de la *civil rights' revolution*). En un artículo de valoración retrospectiva del Tribunal constitucional español, Rubio Llorente escribía que «se cometería un error si se pensara que la facilidad con la que entonces [en 1978] se aceptó la creación del Tribunal Constitucional fue debida al hecho de que la imagen que muchos de los constituyentes de 1978 tenían de él estuviera muy alejada de la que los constituyentes de 1931 tuvieron del Tribunal de Garantías Constitucionales. En 1978, como en 1931, estaba muy extendida la idea de que, pese a su denominación, el nuevo órgano, situado fuera de la organización judicial, era una institución “política”, aunque esa idea no suscitara la misma repulsa en los constituyentes del Estado de las Autonomías que en los de la Segunda República». La consternación de Adenauer la recuerda, por ejemplo, Gaillet, *op. cit.*, p. 203. El biógrafo del Juez Brennan asegura la veracidad del comentario de Eisenhower: Kim Isaac Eisler, *The Last Liberal: Justice William J. Brennan, Jr., and the Decisions That Transformed America*. Beard Books, 2003. La observación de Francisco Rubio Llorente en «El Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2004, p. 12.

¹⁷ Francesco Bonini, *Storia della Corte Costituzionale*, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1996, pp. 9-11; A. Simoncini, cit. *supra* n. 8.

¹⁸ Las obras de este carácter, relativamente frecuentes en la cultura jurídica angloamericana, no son comunes en Europa, aunque la tendencia podría estar cambiando. *Id.*, por ejemplo, Sabino Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Il Mulino, 2015; Dieter Grimm (en conversación con Oliver Lepsius, Christian Waldhoff y Matthias Rossbach), *Dieter Grimm. Advocate of the Constitution*, OUP, 2020.

están por llegar los resultados de la exploración más exhaustiva del contenido de archivos por fin accesibles¹⁹.

Con estas dificultades, contamos ya con obras que reconstruyen la historia de los tribunales constitucionales alemán e italiano desde una variedad de enfoques que, en conjunto, resultan sumamente inspiradoras para el estudio pendiente de la historia de otros tribunales constitucionales y, señaladamente, del tribunal constitucional español²⁰. Ambos tribunales constitucionales han sido modelos y referentes para el diseño del Tribunal Constitucional español, en la Constitución y en la ley reguladora, y su jurisprudencia ha ejercido constante influjo en la elaboración y desarrollo de la doctrina constitucional de nuestro tribunal. Por este motivo, una visión completa del contexto en el que se desenvuelve la actividad del tribunal constitucional español no podría ignorar la incidencia de las previas experiencias alemana e italiana. Los libros sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán de Michaela Hailbronner²¹, Justin Collings²² y Aurore Gaillet²³ —este último centrado exhaustivamente en la etapa fundacional—, proporcionan una visión global de la evolución del Tribunal alemán con un análisis que integra aspectos jurídicos, politológicos y sociológicos. Todos ellos descubren una orientación —*a sense of direction*— en la evolución del Tribunal sin que ello implique forzar una lectura del pasado y de la evolución de la institución en términos de indefectible progreso hacia el presente. Al contrario, en todos se pone de relieve el cúmulo de circunstancias azarosas e impredecibles que

¹⁹ Sobre el impacto de la apertura de los archivos para la investigación histórica sobre el Tribunal Constitucional alemán, Florian Meinel y Benjamin Kram, «Das Bundesverfassungsgericht als Gegenstand historischer Forschung. Leitfragen, Quellenzugang und Perspektiven nach der Reform des § 35b BVerfGG», *JuristenZeitung*, núm. 19, 2014, pp. 913-921. Según indica Aurore Gaillet, el acceso a información en el archivo del Conseil français tras la regulación introducida en 2008, está sujeta a un embargo temporal de 25 años, *op. cit.*, p. 27. En España el Fondo Histórico-Documental del Tribunal Constitucional se crea en 2001. En 2002 entra en funcionamiento el Archivo del Tribunal Constitucional español que además de funcionar como Archivo General, custodia fondos documentales públicos (ej. el archivo del Tribunal de Garantías de la II República) y privados, procedentes de legado, donación o depósito de algunos antiguos jueces (ej., Tomás y Valiente, Rubio Llorente, Ruiz Vadillo, González Campos). Hay información en la página web institucional. También, sobre este archivo, Daniel De Ocaña Lacal, «El Archivo General del Tribunal Constitucional», *Revista de la Asociación de Archiveros de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 2006, pp. 48-57.

²⁰ Pedro Cruz Villalón ha insistido, en varias ocasiones y en distintos foros, en la necesidad de cubrir esta carencia, que considera una acuciante tarea pendiente, al tiempo que ha proporcionado datos para la reconstrucción de la memoria del Tribunal y esbozos en cuanto a enfoques posibles para esa indagación histórica. Véase, especialmente, «Memoria inquieta de cuatro décadas de justicia constitucional», *Blog Almacén de Derecho*, 19 junio 2021, accesible en <https://almacenederecho.org/memoria-inquieta-de-cuatro-decadas-de-justicia-constitucional>; y su intervención en el XII Encuentro Iberoamericano de derecho procesal constitucional, «Presente, pasado y futuro del Tribunal Constitucional de España», publicada en *La garantía jurisdiccional de la Constitución a cien años del Verfassungsgewicht Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España*, Eduardo Ferrer Mac Gregor (coord.), CEPC, 2023, vol. 1, pp. 41-49.

²¹ *Traditions and Transformations. The Rise of German Constitutionalism*, Oxford University Press, 2015.

²² *Democracy's Guardians, A History of the German Federal Constitutional Court 1951-2001*, Oxford University Press, 2015.

²³ *La Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande. Reconstruire une démocratie par le droit (1945-1961)*, La Mémoire du Droit, Paris, 2021.

intervienen en la experiencia del Tribunal. Con más énfasis en el análisis de la construcción de la autoridad doctrinal del Tribunal (Hailbronner), o en los conflictos con el poder político y la alianza con la opinión pública (Collings), todos ellos ofrecen una explicación que permite comprender críticamente y con todo su alcance el «fenómeno de Karlsruhe»²⁴. En relación con la Corte Constitucional italiana, las «historias» de Francesco Bonini²⁵ y Sandra Rodotà²⁶ ofrecen perspectivas de los primeros cuarenta años que dejan ver, no solo el largo, complejo y difícil período fundacional, sino el impacto de la complicada dinámica política italiana sobre la evolución del Tribunal, que acumula una variedad de giros, no previsibles en su evolución. Estos libros llegan hasta la última década del pasado siglo, de manera que para completar la visión de la experiencia de la Corte entrado ya el siglo XXI es preciso acudir a otras obras que ofrecen también un tratamiento general y con atención al proceso evolutivo, aunque no primen la indagación histórica. En este sentido los volúmenes más recientes de Elena Malfatti, Saulle Panizza y Roberto Romboli —*Giustizia Costituzionale*—, y de Vittoria Barsotti, Paolo Carozza, Marta Cartabia y Andrea Simoncini —*Italian Constitutional Justice in Global Context*—, o el examen de Diletta Tega con el foco sobre un aspecto de la evolución reciente —*La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*—, componen una visión panorámica de una Corte que se aproxima a los setenta años con la vista puesta en la siguiente transformación europea²⁷.

Las circunstancias que rodean la evolución institucional de estos tribunales y no solo las diferencias en la regulación y los procedimientos, les confieren rasgos característicos, reflejados en su estilo y en el modo de relación con los actores políticos y otros tribunales, con la prensa y con la opinión pública. Como advierte Jestaedt, se puede importar el tribunal diseñado *in books*, pero eso no producirá una copia del tribunal *in action*:

²⁴ El carácter monográfico de estas obras recientes merece su singularización pero, obviamente, hay otras contribuciones muy relevantes que también proporcionan una visión general no meramente descriptiva de la experiencia del Tribunal. El capítulo sobre Alemania de Ashraf Farahat incluido en *La Justicia constitucional en el espacio jurídico europeo*, cit., n. 9, pp. 131-227, es un buen ejemplo. El libro de Matthias Jesaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers, Christoph Schönberger, publicado con ocasión de los 60 años del Tribunal constitucional alemán (cito por la edición inglesa *The German Federal Court. The court without limits*, OUP, 2020), ofrece una reflexión original y crítica de la trayectoria del Tribunal constitucional que se contrapone a la tendencia ultralaudatoria cuando se trata de hacer recuento de la contribución del Tribunal al sistema constitucional alemán. El enfoque de todos estos trabajos, más centrados en la trayectoria del Tribunal como institución que en los «grandes casos», los distingue de uno de los primeros estudios históricos del Tribunal Constitucional alemán, el de Uwe Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, Karl Blessing Verlag, 2004.

²⁵ *Storia della Corte Costituzionale*, cit. *supra* n. 17.

²⁶ *Storia della Corte Costituzionale*, Laterza, Roma, 1999.

²⁷ Malfatti, Panizza y Romboli, *Giustizia Costituzionale*, Giappichelli, 2018; Barsotti, Carozza, Cartabia y Simoncini, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, OUP, 2015; Diletta Tega *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna University Press, 2020. También, el capítulo sobre Italia elaborado por Raffaele Bifulco y Davide Paris incluido en *La Justicia Constitucional en el espacio jurídico europeo*, cit. *supra* n. 9, pp. 429-502.

«El modelo alemán no puede ser simplemente copiado o trasplantado mediante la adopción de normas similares a las contenidas en la Ley Fundamental o en la ley del Tribunal Constitucional Federal. Porque el carácter del Tribunal y su funcionamiento dependen tanto del *software* de la cultura jurídica (entendida en el sentido más amplio) como del *hardware* del derecho positivo»²⁸.

La historización de la experiencia del Tribunal Constitucional español debería resultar en un mejor conocimiento y comprensión de las circunstancias que rodean y condicionan su trayectoria, contribuyen a su identidad institucional y, a la postre, definen los rasgos de su personalidad (permítase el antropomorfismo). Ese conocimiento también ha de servir para revisar críticamente la coherencia de la trayectoria y, eventualmente, servir de base para corregir aspectos de su funcionamiento que se han demostrado a la larga causantes de disfunciones.

III. Contextos de actividad: una propuesta de periodización para el estudio de la evolución del Tribunal Constitucional español

Establecer períodos, épocas, o edades, en la línea del tiempo de una institución, es un ejercicio indispensable para la historización, pero no deja de ser una convención que, para ser útil y resultar aceptable, debe responder a un criterio coherente con la perspectiva de estudio. Idealmente, cada período debe permitir caracterizar algún aspecto de la evolución de la institución de manera que, de la secuencia de períodos y el contraste entre ellos, resulte una visión de la trayectoria de la institución y, en definitiva, una narrativa²⁹.

A la hora de fijar un criterio de periodización aquí se ha atendido, en primer término, a los empleados en los estudios mencionados en el apartado anterior. En este punto, la abundantísima literatura sobre la historia del Tribunal Supremo de Estados

²⁸ M. Jestaedt, «The Karlsruhe Phenomenon. What makes the Court What it Is», en M. Jestaedt, O. Lepsius, Ch. Möllers, Ch. Schönberger, *The German Federal Constitutional Court. The Court without limits*, Oxford University Press, 2020, p. 68. En sentido similar, M. Hailbronner, cuando señala que «el constitucionalismo alemán no es fácil de elaborar en otros países... los admiradores del modelo alemán a menudo no son suficientemente conscientes de lo que este modelo realmente entraña», *op. cit.*, n. 21, p. 192.

²⁹ Puesto que hay innumerables definiciones de la noción de institución, aquí acogemos una básica y funcional que define la institución como la suma de tres componentes: reglas formales, prácticas (procedimientos, usos, convenciones) y narrativas. Estos dos últimos componentes son de carácter informal y se construyen a lo largo del tiempo. No obstante, su importancia para la afirmación institucional, durabilidad y resistencia de la institución es fundamental. «Tanto el sistema jurídico en su conjunto como sus componentes individuales (por ejemplo, la jurisdicción constitucional o la propiedad) pueden conceptualizarse como instituciones. Estas instituciones no existen de forma aislada, sino que se refuerzan, complementan o incluso debilitan mutuamente ("entorno institucional"). Una institución se considerará "fuerte" cuando sea capaz de influir eficazmente en el comportamiento humano de forma permanente y predecible. Aunque esto, por sí solo, no es una condición suficiente para el éxito (económico) del Estado, unas instituciones fuertes que refuercen el Estado de Derecho y la democracia (ambas denominadas aquí instituciones constitucionales) contribuirán significativamente al éxito económico», András Jakab, «What is wrong with the Hungarian legal system and how to fix it», *MPIL Research Paper Series*, núm. 2018-13, p. 3.

Unidos, que incluye muchas obras ejemplares, no podía servir de auténtica guía. Por un lado, por la comparativamente descomunal dimensión histórica del Tribunal Supremo estadounidense, una institución con más de dos siglos de antigüedad, cuyo origen coincide con la fundación de la nación. Por otro lado, por las propias características orgánicas de ese Tribunal, compuesto por jueces con mandato vitalicio y con Presidencias normalmente muy largas. En esas condiciones, es usual referirse a distintas épocas del Tribunal por el nombre del *Chief Justice*, y aunque no todos los presidentes del Tribunal Supremo han sido igualmente relevantes (y muchos de ellos son perfectos desconocidos frente a Jueces Asociados muy famosos), es aceptado que algunas de estas presidencias —el Tribunal Marshall, el Tribunal Warren— han marcado períodos fundamentales en la historia de la institución³⁰. Identificar períodos según las presidencias de un tribunal constitucional pierde sentido cuando la duración de estas es breve y el protagonismo de los presidentes limitado, que es lo que suele suceder en los tribunales constitucionales europeos. Dicho esto, como se verá, en la propuesta de periodización para el Tribunal Constitucional español se singularizan por distintas razones las dos presidencias del inicio, la de García-Pelayo y la de Tomás y Valiente³¹.

La periodización que propongo, sin buscarlo, ha resultado docenal y distingue cuatro períodos, el primero de ellos con dos fases. El criterio atendido es el de ciclos políticos con cambio de color del gobierno y renovación del Tribunal, con especial

³⁰ Separados por más de un siglo de distancia, el Tribunal Marshall y el Tribunal Warren coinciden en su condición de artífices de una jurisprudencia constitucional transformadora, que trasciende su época y sigue siendo crucial para comprender la Constitución y el Derecho Constitucional de los Estados Unidos. La presidencia del Juez Marshall duró treinta y cuatro años —de 1801 a 1835— y en este período el Tribunal Supremo de la Federación, un órgano poco definido en la Constitución, y en apariencia de bajo perfil, gana fortaleza institucional, afirma su autoridad frente al gobierno, reivindica su especial competencia para interpretar la constitución y consigue imponer progresivamente una visión de los Estados Unidos más como una Unión que como una Confederación, un marco en el que el Tribunal Supremo habría de desempeñar un papel crucial como árbitro de los conflictos constitucionales. Sobre el período, entre muchos, R. Kent Newmyer: *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Louisiana State University Press (2001), y Jean Edward Smith, *John Marshall Definer of a Nation*, Owl Books (1998). El ala liberal de la academia norteamericana impulsó, especialmente en la década de los setenta, la identificación del Tribunal Warren (1953-1969) con la Revolución de los Derechos Civiles, a pesar de que, descendiendo al detalle, la jurisprudencia de este Tribunal muestre importantes altibajos en materia de derechos y parte del crédito haya de compartirlo con el posterior Tribunal Burger (1969-1986). Sobre la identificación del Tribunal Warren con el constitucionalismo que postula la lectura liberal de la Constitución, véase, Laura Kalman: *The Strange Career of Legal Liberalism*, Yale University Press (1996). Para una visión detallada y ponderada del impacto político del Tribunal Warren, Jim Newton, *Justice for All. Earl Warren and the Nation he made*, Riverhead Books, 2006. Una interesante periodización que atiende a la historia de los debates sobre transformación y reforma del Tribunal Supremo con incidencia en la evolución de la institución —cambios en la definición de su función, en su estructura y en su relación con los demás poderes— en el Cap. 1 del *Informe Final de la Comisión Presidencial sobre el Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, aprobado en diciembre 2021, accesible en <https://www.whitehouse.gov/pscotus/final-report/>.

³¹ Resulta relativamente común que en la periodización de otros tribunales constitucionales europeos se singularicen algunas presidencias, normalmente del período inicial (ej. la presidencia de Höpker-Aschkoff en el Tribunal Constitucional Federal Alemán, o la secuencia de presidencias de Nicola y Azzariti en la Corte italiana, o la muy famosa cuasi-constituyente de Sólyom en Hungría). Al presidente Saja de la Corte italiana se le reconoce un especial protagonismo en la puesta en práctica del plan de choque para acabar con el retraso de asuntos en la Corte (*smaltimento del arretrato*).

atención a las alteraciones en el ritmo regular de las renovaciones. La alteración de este ritmo provoca en dos ocasiones, un cambio casi completo (1986) o completo (2013) en la composición del Tribunal en un período muy corto de tiempo³². Inevitablemente, pero todavía más en los últimos tiempos, los cambios en la composición del Tribunal derivados de la renovación tienen como trasfondo el intento apenas disimulado de los dos grandes partidos políticos de influir con la propuesta de nuevos magistrados sobre la conformación de mayorías y minorías ideológicas en el seno del Tribunal (vulgarmente, bloques conservador y progresista)³³. El criterio que toma en cuenta ciclo político y renovaciones es común en los estudios extranjeros que se han tomado como referencia.

Los períodos propuestos son los siguientes: (1.º) 1980-1992: Período fundacional, del «Tribunal de la Transición», con dos etapas diferenciadas correspondientes al Tribunal García-Pelayo (1980-1986) y a la Presidencia de Tomás y Valiente (1986-1992); (2.º) 1992-2004: Período de consolidación; (3.º) 2004-2013: Período de crisis y reformas; (4.º) 2013-hasta la actualidad: Período de transformación.

Lo que sigue son unas notas para justificar la caracterización de cada período con algunas referencias a acontecimientos del período con incidencia en la evolución institucional. Solo me detendré brevemente en el primer período.

Primer Período (1980-1992). El período fundacional: el Tribunal de la Transición.

El período inicial es, sin duda, el más intenso e interesante. Si todos los comienzos son cruciales en la historia de las instituciones porque trazan una senda y fijan una orientación inicial, en el caso de los tribunales constitucionales, instituciones sin tradición propia, el comienzo es el momento de la épica³⁴. El Tribunal Constitucional español participa en la transición a un régimen democrático y en el afianzamiento de la Constitución. Este es, en la descripción de Ackerman, un «momento constitucional». En este período inicial se pone a prueba la eficacia del diseño y la organización previs-

³² En 1986, con la segunda renovación del Tribunal han cambiado las 2/3 partes de sus miembros. Si se siguiera una cadencia regular en las renovaciones (cambio de cuatro magistrados cada tres años), y todos los miembros cumplieran estrictamente los nueve años de mandato, el Tribunal tendría una composición completamente nueva cada 15 años. Se comprobará que esta cadencia no se ha cumplido nunca. El primer cambio completo se produjo a los 12 años de la constitución del Tribunal (1992), el siguiente a los 19 años (2011), pero el tercero tiene lugar en tres años (2013).

³³ Sobre las alteraciones en la renovación y la intencionalidad política tras los retrasos, puede verse la pormenorizada descripción de las vicisitudes de las renovaciones en Ignacio Borrajo, «Renovarse o morir: el ritmo de las renovaciones del Tribunal Constitucional español», *RGDC*, núm. 16, 2013, pp. 1-69, Luis López Guerra, «*Vexata quaestio*: Sobre las dilaciones parlamentarias en la designación de titulares de órganos constitucionales», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 108, 2020, pp. 71-104, Jose Antonio Estrada Marún, *La designación de los Magistrados del Tribunal Constitucional en España. Una perspectiva orgánica y empírica*. Thomson-Reuters, 2017.

³⁴ «[A]unque relativicemos la duración institucional de este período, estoy seguro de que estos primeros nueve años no valen lo mismo para este Tribunal que cualquier otra igual etapa, porque es al principio cuando se marca el rumbo de las instituciones», Francisco Tomás y Valiente, «Discurso con ocasión de la renovación parcial del Tribunal de 1989», *Tribunal Constitucional. Discursos de sus Presidentes*, Madrid, 2006, p. 28.

tos «sobre el papel», y se perfila una identidad institucional: una autocomprensión o autopercepción de la propia misión, del rol propio y distintivo frente a otros órganos del Estado y, particularmente, frente al poder judicial, seguramente la institución más recelosa del nuevo tribunal. En esta etapa se inicia también la construcción de una tradición propia, con usos, convenciones y prácticas internas, en especial para fortalecer la colegialidad.

Lo primero que llama la atención cuando se contrasta la historia de la creación y puesta en marcha del Tribunal Constitucional español con lo sucedido en Alemania o en Italia³⁵, es la escasa discusión que precede a la introducción del tribunal constitucional en el sistema —teniendo en cuenta el poco alentador precedente del Tribunal de Garantías de la Segunda República— y la facilidad y rapidez con la que el Tribunal Constitucional comienza a funcionar. Según los testigos del momento, todos los actores políticos apoyaron la creación del Tribunal o, al menos, nadie se opuso con rotundidad³⁶.

Más sorprendente, por su contraste con la experiencia posterior, es la historia casi idílica y hoy legendaria de la elección consensuada de los miembros del primer Tribunal, con un acuerdo en las personas aceptado de buen grado por los partidos y a partir de un sistema de listas de las que todavía salieron nombres para las siguientes renovaciones. La mayor parte de los integrantes del primer Tribunal eran profesores universitarios, pero también, en su mayoría, nada ajenos al proceso político de la Transición y claramente adheridos a la empresa del cambio constitucional³⁷. Roca Junyent diría que, de algún modo, en los componentes de ese primer tribunal perduró el espíritu de la Transición, y allí continuó mientras en las Cortes Generales y en el Gobierno la era del consenso ya era cosa del pasado³⁸. Por supuesto que también había discrepancias y se manifestaron pronto, pero parece claro que como punto de partida los miembros del Tribunal compartían una decidida aversión a resultar demasiado envueltos en el proceso político. De ahí la incomodidad con el funcionamiento del recurso previo y el trauma que supuso la decisión del caso RUMASA.

Como se ha dicho antes, se han distinguido dos fases en este primer período.

³⁵ En Alemania el Tribunal comienza a funcionar dos años después de la entrada en vigor de la Ley Fundamental. En Italia, la Corte no dicta su primera sentencia hasta 1956, nueve años después de la aprobación de la Constitución. En ambos casos la discusión constitucional y la regulación del tribunal constitucional abrieron un período de incertidumbre en cuanto al carácter y posición del tribunal en el sistema constitucional.

³⁶ «Por entonces todos éramos un poco kelsenianos», Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona, *Las transiciones de UCD. Triunfo y desbandada del centrismo (1978-1983)*, Galaxia Gutenberg, Madrid, 2020, pp. 79-86, la cita en p. 80. Al decir de Miquel Roca Junyent, había acuerdo en la introducción del tribunal y lo que realmente preocupaba era *quiénes* iban a ser los magistrados, ver Miguel Beltrán y Daniel Sarmiento *Un Tribunal para la Constitución*, Colegio de Registradores de España, 2018, pp. 165-168. Téngase en cuenta, no obstante, la observación de Rubio Llorente reproducida supra en n. 16.

³⁷ Sobre el sistema de listas seguido para la selección de candidatos y los criterios sobre personas, resulta muy interesante el relato de primera mano de Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona, *op. cit.* en la nota anterior, pp. 82-84.

³⁸ Entrevista a Miquel Roca, *op. cit.*, p. 169. A propósito de las características comunes de los jueces de los tribunales constitucionales fundacionales, véase Enric Fossas Espadaler, «El perfil del primer juez constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 55, 2024, pp. 227-250.

A. El Tribunal García-Pelayo (1980-1986). El primer Tribunal, del que tanto se ha elogiado su calidad era, visto en perspectiva, un Tribunal extremadamente singular y por muchas razones difícilmente repetible. Para los negociadores responsables de seleccionar los nombres de los candidatos, parece que se trató ante todo de conseguir un tribunal fundamentalmente «de confianza» y cooperador, en el mejor sentido, con un núcleo de juristas sobresalientes con aptitudes ya probadas en otras tareas jurídicas de apoyo en los primeros años de la Transición³⁹. En todo caso, este Tribunal dejó aspectos simbólicos muy interesantes. De hecho, la elección de García-Pelayo como Presidente ya entonces tuvo enorme potencia simbólica, en varios frentes. Se trataba de una figura de la generación anterior, que vivió la guerra y el exilio, respetado tanto por su prestigio académico como por su trayectoria vital. Su presencia misma en el Tribunal era representativa de la reconciliación de la generación partida por la brecha de la guerra y la dictadura⁴⁰. García-Pelayo es una figura de autoridad incluso si, como magistrado, no realizó ponencias y, según los testimonios de algunos integrantes del primer Tribunal, intervenía poco en las discusiones de los asuntos del Pleno. Pero en el período de puesta en marcha del Tribunal, alguien con su experiencia vital marcaba una diferencia. Por ello, aunque la elección de García-Pelayo frente a un candidato postulado por el gobierno se presenta a menudo como una pequeña rebelión de los magistrados —o más heroicamente, como su primera afirmación de independencia—, lo cierto es que, tal y como se había elaborado la nómina de candidatos, la elección de otro magistrado para la tarea no suponía un gran revés para el gobierno⁴¹.

En todo caso, las incertidumbres del comienzo, incluso si el Tribunal contaba con el apoyo del gobierno y la oposición y con la adhesión de la doctrina académica, debían de pesar. Por ello, es también un elemento simbólico que sea un ensayo del Presidente

³⁹ Juan Antonio Ortega, *op. cit.*, se refiere a las condiciones de la negociación con su interlocutor en el partido socialista G. Peces-Barba. Menciona la importancia del trabajo previo realizado por Francisco Rubio Llorente y Jerónimo Arozamena (junto a Eduardo García de Enterría) en la elaboración del texto de partida para el anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, preparado en un tiempo récord (entregado en marzo de 1979). Arozamena intervino también en la elaboración del borrador de Ley Orgánica del Poder Judicial. Colaboraron con este último en esta tarea Ángel Rodríguez García y Juan Antonio Xiol, quienes se incorporarían después al Tribunal Constitucional como letrados, ocupándose sucesivamente de la Secretaría General en los primeros años.

⁴⁰ Téngase en cuenta que, en España, por las características de la transición como «reforma sin ruptura», no hay una operación de *lustration*, no hay depuración de cargos y altos funcionarios del régimen franquista. Se recuperan algunas figuras del exilio, pero no hay procesos contra figuras del régimen anterior. De hecho, la desconfianza hacia ciertos cuerpos del Estado se mantendría durante bastante tiempo. Esto incluye a una parte de la judicatura. Esta continuidad marca una importante diferencia con Alemania e Italia.

⁴¹ Sobre el episodio, muy conocido, hay múltiples versiones que coinciden en lo fundamental. La más interesante, a mi modo de ver, es la del «afectado» —Aurelio Menéndez—, que se recoge en *Un Tribunal para la Constitución*, cit., pp. 89 y ss. Sobre lo que supuso esta salida del guion para el Gobierno Suárez, véase el comentario muy esclarecedor de Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona, cit., p. 83. Aunque no es posible descartar intentos de interferencia en épocas posteriores, desde este episodio ningún gobierno ha respaldado públicamente a un candidato para la Presidencia del Tribunal. La elección del Presidente del Tribunal por los magistrados está prevista en la Constitución (que se refiere a la duración del mandato, pero no dice nada sobre mayorías requeridas ni sobre la figura del Vicepresidente).

García-Pelayo el que inaugure el primer número de la recién fundada Revista Española de Derecho Constitucional, y que tenga por título «El “status” del Tribunal Constitucional»⁴². Como ha señalado Cruz Villalón, el Tribunal Constitucional español es el primer tribunal europeo abiertamente heredero de los tribunales constitucionales europeos de la posguerra, y nace inspirado por el éxito y prestigio del tribunal alemán y la experimentada Corte italiana⁴³. El tribunal español, a diferencia de lo que sucedió con estos, no nació con una posición orgánica en desventaja o amenazada por otros poderes, pero el significado de la publicación del artículo sobre el «status», firmado por el Presidente de la institución, entra dentro de las acciones deliberadas de afirmación institucional. El tribunal Constitucional, había aprendido la lección de los tribunales alemán e italiano⁴⁴. Las prácticas y convenciones sobre el estilo y la forma de publicación de las sentencias, de los votos, la revisión sobre la marcha del sistema de letrados inicialmente ideado, son algunas de las reglas internas que se fijan en el comienzo⁴⁵.

Para cuando termina la Presidencia de García-Pelayo, la luna de miel del tribunal con el gobierno y la oposición había acabado. La decisión del caso RUMASA (STC 111/1983), dañó la atmósfera de consenso creada. La lección que según Tomás y Valiente dejaba el episodio era la de «la importancia de las deliberaciones y la conveniencia de que estas se prolonguen cuanto sea necesario para aproximar criterios, integrar argumentos, enriquecer la fundamentación y de ese modo evitar en lo posible fracturas internas... Sacar [el fallo] a votación siquiera sea un momento antes de que se produzca el punto de exhaustividad es un error psicológico y procedimental, apenas disculpable por la existencia de tesones e impaciencias que el Tribunal jamás debe interiorizar»⁴⁶. Mucho tiempo después, la experiencia de lo sucedido con el proceso de deliberación de la sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, sugiere una lección de distinto contenido.

Otra sentencia del período se revelará fundamental para la construcción de la identidad del Tribunal en su papel de intérprete de la Constitución y árbitro de conflictos competenciales. La sentencia LOAPA, STC 76/1983, marca inequívocamente el punto cero para la construcción de lo que se ha caracterizado como «Estado jurisdiccional autonómico» (Aragón), que no todos aplaudieron como un acierto.

⁴² Francisco Rubio Llorente fue director de la Revista entre 1982 y 2015, con Javier Jiménez Campo como Secretario entre 1985 y 2011. La REDC tendría secciones fijas de crónica y comentario de la actividad del Tribunal Constitucional.

⁴³ Es significativo que en la sesión constitutiva del Tribunal estuvieran presentes los Presidentes de estos Tribunales.

⁴⁴ El contenido del artículo sigue la línea doctrinal del famoso informe Leibholz, determinante para la afirmación de la posición de autonomía y autogobierno del Tribunal Constitucional Federal alemán, así como las líneas de actuación de los primeros Presidentes de la Corte italiana (Nicola, Azzariti), que reivindicaron su posición preeminente frente a otros tribunales.

⁴⁵ Vid. Javier Salas, «El Tribunal Constitucional español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: sus relaciones con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 6, 1982, pp. 141-178 y, del mismo, «La renovación del lenguaje jurisdiccional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho Político*, núm. 26, 1988, pp. 133-144.

⁴⁶ Francisco Tomás y Valiente, «La Constitución y el Tribunal Constitucional», incluido en *La jurisdicción constitucional en España*, CEPC, 1995, pp. 19-20.

B. La Presidencia de Tomás y Valiente (1986-1992). La primera etapa del período fundacional se cierra en 1986 con la segunda renovación, en la que cambia la mitad del Tribunal. Antes ya se habían producido otras vacantes y cambios. En su toma de posesión como nuevo Presidente, Tomás y Valiente se refiere a ello, pero, insiste: «no es otro Tribunal». El período normaliza algunos de los nuevos usos del Tribunal. Son varios los magistrados, incluido muy especialmente el Presidente, que tienen una presencia pública activa en foros académicos y de otras instituciones, en una deliberada labor de difusión del quehacer del Tribunal, y que se acompaña de un buen número de publicaciones especializadas dentro y fuera de España. Buena parte de la doctrina académica —y toda la nueva generación de constitucionalistas españoles— se forma de manera directa o indirecta en Derecho Constitucional mediante el estudio y análisis de la doctrina de las sentencias constitucionales

El período primero se cierra con la primera declaración (DTC 1/1992) en el procedimiento de control previo de tratados, a propósito de la compatibilidad con la Constitución del articulado del Tratado de Maastricht. La ocasión permite al Tribunal, por un lado, afirmar la vinculatoriedad de todos sus pronunciamientos, incluidas las declaraciones en control previo, que no cabe tomar como puras opiniones consultivas. Por otra parte, la decisión es un hito inicial en la confusa doctrina del tribunal constitucional en cuanto a su identidad como tribunal europeo y sobre el valor del derecho comunitario.

Segundo Período (1992-2004). Consolidación.

Con la renovación de 1992 salen del TC los últimos jueces del Tribunal fundacional. A partir de este momento los ciclos de renovación se suceden fuera de la disposición transitoria (y fuera de aquellas listas iniciales de candidatos sobre las que siguieron trabajando los partidos). Se consolidan los procedimientos del tribunal y se incorporan usos como el de las presidencias de tres años a cubrir por magistrados en el último tercio de su mandato.

El Tribunal funciona agobiado por una desmedida carga de trabajo. La producción de sentencias alcanza en algunos momentos de este período cotas no repetidas (casi 400 sentencias en 1993). Pese al vaticinio optimista del Presidente Tomás y Valiente, las cuestiones competenciales no van a seguir la lógica de la pacificación a través de la fijación de precedentes. En la estrategia del conflicto, cada caso es un nuevo caso. La jurisprudencia del tribunal abarca todas las áreas del Derecho y se va haciendo más compleja, no siempre más sofisticada, pero sigue siendo asiduamente consultada, estudiada y comentada por los académicos. En contraste con la situación del primer período, las publicaciones de derecho constitucional tienen ya una entidad relevante.

La circunstancia más llamativa del segundo período desde el punto de vista de la evolución y la relación del Tribunal con otras instituciones, es la conflictiva relación con el Tribunal Supremo, que se singulariza en una serie de resoluciones en las que se pone de manifiesto el abierto desafío de este Tribunal a la autoridad doctrinal del órgano de la constitucionalidad. El clímax del conflicto, que tiene muchos episodios interme-

dios, llega, coincidiendo con el final del período, con la insólita condena de la Sala Primera del Tribunal Supremo a los magistrados del Tribunal Constitucional por responsabilidad civil⁴⁷.

Tercer Período. (2004-2013) Crisis y reformas (La dificultad del consenso).

En 2004 tiene lugar la elección de la primera Presidenta del Tribunal y se inaugura una etapa de enorme complejidad para la institución. El gobierno recién salido de las elecciones designa a sus candidatos al Tribunal en el turno que comparte con el Consejo General del Poder Judicial. A partir de ahí, no habrá otra renovación hasta finales de 2010, con más de tres años de retraso (los magistrados toman posesión en 2011), y completa alteración de la cadencia trienal de las renovaciones. Buena parte del período, el Tribunal funciona con parte de sus miembros con el mandato cumplido y en situación de prórroga y con una composición incompleta.

En este período el Tribunal debe decidir algunos de los asuntos más complejos y de mayores consecuencias —la compatibilidad de la Constitución con el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (DTC 1/2004), la impugnación, por primera vez, de Estatutos de Autonomía (SSTC 247/2007 y 31/2010), la impugnación de una convocatoria de consulta soberanista en el País Vasco (plan Ibarretxe) (STC 103/2008)—, en un clima de creciente confrontación política que termina por trasladarse a la discusión de los asuntos en el Tribunal. La sucesión y cruce de recusaciones de magistrados en algunos momentos es excepcional hasta el punto de complicar la dinámica de funcionamiento del Pleno. La doctrina sobre condiciones para la recusación fijada en el ATC 26/2007, con cinco votos discrepantes, tuvo el grave efecto de alterar la dinámica de mayorías en el tribunal mientras se decidían asuntos muy controvertidos⁴⁸.

En este clima agitado por la dificultad del consenso, que afectó a los usos en materia de colegialidad, se introdujeron las reformas más importantes en la ley reguladora del Tribunal. Con posible iniciativa en el Tribunal y en todo caso, con su acuerdo inicial, la reforma de 2007 produce una profunda revisión de la jurisdicción del Tribunal en el recurso de amparo. No sería la única reforma del período. En 2010 se introducen otras dos modificaciones. En particular, la modificación incorporada por la LO 8/2010 produce el inaudito efecto de recortar el mandato de los jueces constitucionales cuando los órganos de los que depende su nombramiento se retrasan o, directamente, incumplen los plazos de renovación. El supuesto era una realidad en el momento de aprobarse

⁴⁷ STS de 23 de enero de 2004. Luis Delgado del Rincón, «Inviolabilidad frente a responsabilidad de los magistrados del Tribunal Constitucional», *REDC*, núm. 72, 2004, pp. 267-314; César Aguado Renedo, «Del intento de control del Tribunal Constitucional por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o de cómo poner en riesgo todo un sistema», *RGDC*, núm. 1, 2006, pp. 14 y ss.

⁴⁸ La dificultad de la situación resultante para el funcionamiento del Pleno se hace evidente en las condiciones de decisión de la STC 49/2008, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la ley orgánica 6/2007 de reforma de la LOTC con un quórum mínimo y con votos particulares. Ante la imposibilidad de alcanzar acuerdo, la decisión de la STC 31/2010, de manera extraordinaria, se organiza mediante una votación de los asuntos del recurso divididos en bloques, según se anuncia en la propia sentencia (que informa también de los votos en cada parte).

la reforma y a él se aplicó esta controvertida condición que entra en pugna abierta con lo dispuesto en la Constitución, como recordó el Presidente Pascual Sala en su discurso de 2013 de despedida y de bienvenida a los nuevos magistrados, los únicos renovados en tiempo desde 2004⁴⁹.

En el siguiente período, el Tribunal recibirá la respuesta a su primer planteamiento de cuestión prejudicial, mediante ATC 86/2011, al Tribunal de la Unión Europea, en el que será conocido como caso *Melloni*.

Cuarto Período (2013 a la actualidad) Transformaciones. (El Tribunal ante la crítica de politización y polarización).

Como se ha adelantado, tras los retrasos de años en las renovaciones del Congreso y el Senado, en solo tres años, entre 2011 y 2013, el Tribunal se renueva al completo, de tal manera que sus integrantes más antiguos tienen una experiencia de apenas dos años en el Tribunal. El conocimiento de los usos del Tribunal en este período lo aportan, sobre todo, los letrados, la mayoría con más tiempo y experiencia en el Tribunal que los magistrados.

La primera parte de este período va a estar marcada por las impugnaciones de las actuaciones que acompañan al proceso soberanista en marcha en Cataluña. A medida que el proceso avanza, el Tribunal se verá situado en medio de la confrontación entre el gobierno central y el parlamento catalán y el gobierno de la Generalitat. En esta situación, se producen dos nuevas modificaciones de la LOTC, una para reintroducir una nueva versión del recurso previo de inconstitucionalidad, limitado ahora a impugnaciones dirigidas contra proyectos de Estatuto y de reformas estatutarias, otra, más polémica, para atribuir al Tribunal una competencia reforzada para asegurar la ejecución y el cumplimiento de sus resoluciones, que incluye especiales poderes de sanción. Sobre la reforma, Rubio Llorente manifestaría que iba a tener el efecto de lanzar de lleno al Tribunal a la confrontación política y, en ese sentido, implicaba una amenaza para la posición larga y exitosamente defendida por el Tribunal respecto de su relación con otros órganos y poderes del Estado⁵⁰. A instancias de la Asamblea Parlamentaria del

⁴⁹ Pascual Sala Sánchez, Discurso 2013. *Tribunal Constitucional. Discursos de los Presidentes (2006-2023)* pp. 34-36. Sobre las condiciones de la reforma de 2007 de la LOTC, véanse las consideraciones de Juan Luis Requejo en «El Tribunal Constitucional de España», *La Justicia Constitucional en el espacio jurídico europeo*, cit., n. 9, pp. 350-352. Sobre el período 2004-2010 véase también el comentario de Germán Fernández Farreres, «Sobre la designación de los magistrados constitucionales. Una propuesta de reforma constitucional», *REDC*, núm. 105, 2015, pp. 13-49.

⁵⁰ Entrevista de Soledad Gallego-Díaz en *Ctxt* a Francisco Rubio Llorente, 15-09-2015, accesible en <https://ctxt.es/es/20150722/Politica/2075/Rubio-Llorente-reforma-constitucional-Catalunya-PP-Constitucion-Sol-Gallego-Diaz-Espa%C3%B1a.htm>. Efectivamente, no era la primera vez que se criticaba una reforma LOTC por poner en cuestión la coherencia del sistema o el diseño institucional estructural: «Las recientes reformas de la LOTC se insertan, pese a todo, en un sistema procesal preexistente y podrían también ser valoradas, por tanto, con arreglo a su grado de ajuste y coherencia con los elementos arquitecturales de aquél. Arquitectura del sistema que, por seguir con los tropos, limitará siempre la libre iniciativa de una “ingeniería constitucional” muy invocada, aunque no sé si bien conocida, entre nosotros. La “ingeniería constitucional” puede entenderse, desde luego, como un permanente concurso de ideas para mejorar el Estado, con lo que daríamos un brillante nombre a nuestro castizo arbitrio histórico; pero puede también

Consejo de Europa, se solicitó a Comisión de Venecia que emitiera una opinión sobre los eventuales excesos en que podía incurrir el Tribunal en uso de los poderes de ejecución y sanción que le confería la nueva regulación del art. 92 LOTC⁵¹.

La pandemia del COVID-19 provoca una situación de emergencia completamente desconocida a la que el gobierno responde empleando poderes de emergencia, concretamente, la declaración del estado de alarma acompañada de la restricción de derechos fundamentales durante su duración, según normas que irán variando a lo largo de la duración de la pandemia. Al Tribunal llegarán por distintas vías impugnaciones respecto de las medidas de emergencia, incluida la impugnación del uso de la declaración del estado de alarma para proceder a una intensa limitación de derechos fundamentales. La STC 148/2021 respaldada por seis miembros del Tribunal⁵² declaró la inconstitucionalidad del estado de alarma teniendo en cuenta el tipo de medidas restrictivas que era necesario adoptar, que según la sentencia hubieran requerido el procedimiento del estado de excepción.

El Tribunal durante todo el período es objeto de crítica constante en los medios de comunicación y por una parte de la opinión pública, que lo consideran penetrado por la política y polarizado. Cada renovación pendiente se plantea abiertamente como la ocasión de modificar el juego de fuerzas en el interior del Tribunal. Y aparentemente, ese es el resultado que se consigue tras la renovación de diciembre de 2022, tras la que se detiene un proyecto de modificación legal para alterar las mayorías requeridas para la elección de los miembros del Tribunal⁵³.

La pregunta que está abierta en el cuarto período es a propósito de la trayectoria del Tribunal: ¿hacia dónde va? El TC se acerca su cincuentenario presionado por la opinión pública y en caída de su prestigio anterior. La doctrina académica ya no es una aliada natural. El paso a segundo plano de la jurisdicción de amparo no se ha visto compensado por una caracterización más clara del tribunal como órgano de control de leyes. ¿Podría ser simplemente que el tribunal constitucional ha entrado en la etapa de decadencia? Todos los tribunales tienen una época dorada, en la que se establece la gran doctrina. Posteriormente, de modo casi inevitable, si la doctrina precedente funciona, la actividad jurisdiccional se rutiniza⁵⁴. No es solo que elaborar la gran doctrina sobre

concebirse como algo más sutil y, a la vez, más modesto, esto es, como una legislación propuesta y discutida en atención a sus consecuencias previsibles (Sartori). Cuáles sean los efectos de las últimas leyes de reforma sólo lo dirá la experiencia, naturalmente, pero lo que sí cabe es preguntarnos, desde ahora, si algunas de tales modificaciones parecen compatibles con la lógica institucional del sistema en el que se inscriben». Javier Jiménez Campo, «Política de constitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59, 2000, p. 21.

⁵¹ La Comisión concluyó que en ausencia de un parámetro de contraste —no había otra jurisdicción constitucional que contara con una normativa de igual alcance— no debía presumirse que la norma avocara al Tribunal a un uso desproporcionado y excesivo de la competencia sancionadora atribuida.

⁵² Sin incluir al Presidente, que no tuvo que emplear voto de calidad porque el Tribunal decisor solo contaba con once miembros. El Presidente formuló uno de los cinco votos discrepantes.

⁵³ Con carácter previo, se dicta el muy discutido por excepcional ATC 177/2022, que por primera vez adopta como medida cautelarísima la paralización de la tramitación legislativa.

⁵⁴ M. Tushnet, «After the Heroes Have Left the Scene: Temporality in the Study of Constitutional Court Judges», incluido en Christine Landfried, *op. cit.*, n. 1, pp. 292-304.

derechos no puede ser un cometido permanente y de todos los períodos. Es que, además, la jurisdicción de derechos ha dejado de ser eminentemente nacional. Los tribunales europeos supranacionales, con los que los jueces ordinarios tienen línea directa, se consolidan como jurisdicciones de última instancia en materia de derechos y muchas otras. El tribunal constitucional español, al igual que sus homólogos europeos, debe decidir en qué consiste su posición como juez constitucional y europeo y cómo se combinan y equilibran ambas facetas en el desempeño de la misión original para la que fue creado, la garantía de la constitución.

IV. Tribunales amenazados, tribunales amenazantes

La historia de los tribunales constitucionales europeos nos ofrece una amplia muestra de su comportamiento en distintos contextos. Se trata, todavía, de una historia del tiempo presente, no cerrada. Lo sucedido en varios países del Este de Europa, algunos con tribunales constitucionales exitosos y muy activos en el primer período, solo nos confirma que los tribunales constitucionales no tienen una patente de éxito, ni un derecho a perdurar, ni pueden confiar en el prestigio ganado en una época anterior para considerarse a salvo de la decadencia, del descrédito o de la insignificancia. Los tribunales pueden ser neutralizados e intervenidos por los poderes políticos. Según algunos autores, el único antídoto que puede funcionar frente a esta amenaza está en la pertenencia al espacio constitucional europeo. En Alemania en estos días, se discute un proyecto para constitucionalizar los elementos estructurales de la composición, organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, para impedir que una eventual nueva mayoría en el parlamento pueda intervenir sobre el tribunal mediante una (simple) modificación de su ley reguladora⁵⁵. En Estados Unidos, entre tanto, la Administración Biden, sigue sopesando algunas de las soluciones ofrecidas en el Informe elaborado por la «Comisión Presidencial para la reforma del Tribunal Supremo», para intervenir en la actual estructura del Tribunal y contrarrestar la agenda política de la actual mayoría instalada en este órgano⁵⁶.

⁵⁵ Michael Eichberger, «Die erste von drei Säulen: Zum Arbeitsentwurf des BMJ zur Stärkung der Stellung des Bundesverfassungsgerichts», *VerfassungsBlog*, 2024-4-16, accesible en <https://verfassungsblog.de/die-erste-von-drei-saulen/>. Sobre la salvaguarda europea frente a las amenazas que se ciernen sobre los tribunales constitucionales, Andreas Voßkuhle, cit., n. 1.

⁵⁶ La descripción del panorama, por ejemplo, en Michel Waldman, *The Supermajority: How the Supreme Court Divided America*, Simon&Schuster, 2024. Las recomendaciones de la Comisión Presidencial en el *Informe Final de la Comisión Presidencial sobre el Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, aprobado en diciembre 2021, accesible en <https://www.whitehouse.gov/pccotus/final-report/>.

DEL *FAVOR* DESCENTRALIZADOR A LA DEFENSA DEL ESTADO. SÍNTESIS EVOLUTIVA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL AUTONÓMICA

CÉSAR AGUADO RENEDO
Catedrático de Derecho Constitucional

Se expone a continuación la evolución de la principal doctrina del Tribunal Constitucional español (en adelante, de habitual TC) sobre la organización territorial del Estado. Una evolución de la que cabe deducir la sensibilidad mostrada por el Alto Tribunal en materia de descentralización, tanto en los inicios del sistema constitucional como en su consolidación; y que termina en lo que en los últimos años ha constituido su principal fuente de preocupación y, en no poca medida, de su misma ocupación, que ha sido el proceso independentista catalán, con las consecuencias correspondientes en forma de sus decisiones y en sus propias atribuciones. La exposición se estructura con cierta elementalidad dado el destino de estas páginas¹.

I. Premisas para el entendimiento de la jurisprudencia constitucional en materia de descentralización

Los datos esenciales de la división territorial del Estado en el sistema español que aquí interesan como fundamento de lo que se expone son los siguientes. Por un lado, la existencia de potentes nacionalismos identitarios (antes que culturales o económicos o, si se quiere, de naturaleza por encima de estas connotaciones) y de carácter a su vez marcadamente centrífugo. Atendiendo a su historia y a la representación política en el territorio en el que se asientan sus representantes parlamentarios en las Cortes Generales, son los nacionalismos catalán y vasco. Aunque estos, desde luego, resultan los nacionalismos más significados, hay otros con más (el gallego) o menos (el canario, p. ej.) historia, pero sin ese característico componente identitario y de alcance político bastante menor hasta hoy. El conjunto de los nacionalismos condicionan el sistema

¹ Esta aportación al homenaje de profesor Javier Jiménez Campo, tiene su origen en el escrito presentado en un congreso celebrado en las últimas semanas de 2022 en la milanese Università Bocconi, y se enmarca en el Proyecto I + D PID2021-124370NB-I00, «La evolución del Tribunal Constitucional y la construcción de su identidad institucional (EVOLTC)». Origen que explica las referencias forzosamente sintéticas a la doctrina constitucional por las limitaciones inherentes a uno y otro y que comportan el sacrificio de la exhaustividad de datos, del aparato bibliográfico y, en algún caso, aun de la precisión terminológica; y la presencia, en cambio, de algún esclarecimiento que para el lector español familiarizado con el tema resulta innecesario.

político nacional, en función de dos variables: de sus resultados electorales (no sólo, pero sí sobre todo, en los comicios a las Cortes Generales), y de la disposición del partido mayoritario nacional que más opciones tenga para formar gobierno en cada correspondiente momento.

Por otro lado, dato esencial de la organización territorial española es lo que se ha dado en llamar su «desconstitucionalización»², en tanto en cuanto la Constitución no establece un modelo territorial propiamente dicho, sino solamente algunos aspectos, sin duda relevantes, pero no determinantes del mismo. Esto es, el constituyente permitió, y aun propició, la descentralización del Estado, e incluso descartó —implícita, pero claramente— el tipo concreto por defecto de ella, la federación (que de modo expreso prohíbe entre Comunidades Autónomas: art. 145.1 CE) pero, por falta de acuerdo con el nacionalismo vasco, no dispuso un modelo específico y dejó un campo muy amplio a su hermenéutica, que el «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.1 LOTC) se ha visto impelido a efectuar, jugando un papel mucho mayor en relación con la distribución vertical del poder que el que sus instituciones equivalentes juegan en los demás sistemas descentralizados para determinar su desenvolvimiento.

Por último, entre los elementos de la descentralización territorial establecidos en la Constitución que decimos interesan aquí, destacan la naturaleza y el contenido obligatorio o mínimo de los Estatutos de Autonomía (EEAA) como normas principales («institucionales básicas», en la expresión definidora de ellos que utiliza el art. 147.1 CE) de los entes territoriales que han acabado conformando territorialmente el Estado, y la reserva de las competencias exclusivas de éste (en el art. 149.1 CE).

II. Demostración del *favor* descentralizador del Tribunal Constitucional español

En su calidad de órgano de un Estado que históricamente ha sido unitario y centralizado (salvo las dos breves y no precisamente ideales experiencias republicanas de 1873-1874 y 1931-1936), el TC mostró desde los mismos inicios de su actuación una indudable sensibilidad descentralizadora dentro del indefinido marco constitucional en este ámbito. Sensibilidad que contribuyó de forma decisiva a su construcción, en el

² Sin duda, la expresión por la que es más conocido Pedro Cruz Villalón (andando el tiempo luego Magistrado y Presidente del Tribunal Constitucional), y que señaló muy tempranamente (1981) en «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. extra 4 (*Las Comunidades Autónomas*), 1981, pp. 53-63 (hoy en su obra recopilatoria *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 2006 (2.ª ed.), p. 384. Aunque, no obstante, matizaría esta afirmación algunos años más tarde: «[...] si bien a su entrada en vigor el texto constitucional no apuntaba, de forma definida, hacia un determinado modelo de Estado, conforme avanzaba el “proceso autonómico” diseñado en la propia Constitución, el carácter, en cierto modo, irreversible de cada paso dado en el proceso, hacía que pudiese hablarse ya, o en todo caso a partir de 1983, de un modelo “implantado”, en cuanto que garantizado, por la Constitución» («La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre autonomías territoriales», publicado, p. ej., en el vol. IV de los *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Cívitas, Madrid, 1991).

sentido más jurídico-literario del término³. Tan decisiva que, para algunos ha resultado excesiva a la vista de los resultados, pues ha convertido un Estado tradicionalmente centralizado en uno de los más descentralizados en el ámbito comparado, cuando su ciudadanía y, sobre todo, su clase política, carece de la cultura que es propia de las formas más exitosas de estos, producto de la experiencia en el tiempo de tal forma de distribución vertical del poder; conversión que parece que no acaba de ser asimilada del todo por una parte de la comunidad política que, a la vista de los sucesos acaecidos en los últimos años en el solar español y como reacción a ellos, se ha institucionalizado políticamente, generando una dinámica política (en menor grado social, hasta el momento), inexistente hace apenas década y media que el panorama de los últimos tiempos en varios países de Europa muestra que puede dar lugar a consecuencias muy serias que recuerdan tiempos desgraciados de tampoco hace demasiado tiempo.

Las páginas que siguen vienen a ser una crónica jurídico-constitucional de esa concreta sensibilidad institucional descentralizadora, siguiendo un orden aproximadamente cronológico seccionalizado (§) con la intención de mostrar la evolución que acaba convirtiéndose en consolidación; pero con una coda de distinto sentido, impuesta por el proceso independentista catalán en la década anterior.

§ Cronológicamente habrían de comenzar esas referencias muestra de la sensibilidad descentralizadora del TC por las expresiones «bases», «legislación básica» y «normas básicas», no inhabituales en el art. 149.1 CE, precepto que enumera hasta treinta y dos materias, o quizá mejor, ámbitos, que se atribuyen como competencias exclusivas al Estado, en la medida en que se dispone en cada uno de ellos: en unos casos legislación y ejecución, en otros sólo legislación y en otros más sólo la parte «básica» de su regulación con alguna de las tres expresiones antes referidas, que son las que ahora interesan. Las tres designan concreciones⁴ de una misma idea, la de «lo básico», que consiste en el común denominador normativo para todo el territorio nacional sobre determinadas materias, común denominador en el que se proyecta el interés general y, por tanto, supracomunitario. Se comprende, pues, que esas materias sean de la mayor relevancia en el ejercicio del poder político: así, planificación general económica, sanidad, Seguridad Social, régimen jurídico de las Administraciones Públicas, medio ambiente o régimen de los medios de comunicación, entre otras, sobrentendiéndose que esa relevancia fue la razón por la que el constituyente confió «lo básico» de su regulación al Estado en exclusiva. Ahora bien, tratándose de los comienzos del sistema, tal determinación dejaba a la voluntad del Estado el momento en que podía hacerse efectiva, real, la autonomía de los territorios en relación con tales materias. Así lo demostró la experiencia italiana de puesta en marcha de las Regiones ordinarias, cuando

³ Como entrevistó pronto Manuel Aragón Reyes en «¿Estado jurisdiccional autonómico?», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 16, 1986 (hoy en su obra recopilatoria *Estudios Derecho de Constitucional*, CEPC., Madrid, 3.ª ed., 2013, pp. 867 y ss.).

⁴ Al respecto continúa resultando más que recomendable la entrada «Legislación básica», de Javier Jiménez Campo y Juan Carlos Duque Villanueva, en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, t. II, *Organización general y territorial del Estado*, Manuel Aragón Reyes (dir.) y César Aguado Renedo (codir.), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 424-429.

tardó tres décadas desde la nueva Constitución acordada al inicio de la posguerra, que contempla la estructuración regional⁵. Experiencia que se tuvo muy en cuenta por el TC, en esa línea de sensibilidad hacia la descentralización que permitía la Constitución y que el período de la Transición mostró que los nacionalismos más vindicativos querían hacer realidad a la mayor brevedad y, por emulación, el resto de los territorios. En lo que ello se tradujo fue en idear muy tempranamente un concepto material o sustantivo de «lo básico», presuponiendo que había de ser un concepto subsidiario, en principio, del concepto formal.

Así es. El TC determinó a los pocos meses de comenzar a dictar sentencias, concretamente en su STC 32/1981, de 28 de julio, que lo que correspondía era que las bases no sólo se regulasen mediante ley formal, sino que además se explicitase su carácter de legislación básica. Ahora bien, en tanto no se determinasen de esa manera, las CCAA podrían deducirlas de las normas existentes (comenzando por las preconstitucionales, lógicamente mayoría en los inicios del régimen constitucional), de modo que pudieran ejercer su propia competencia en la materia correspondiente, dictando la legislación para el desarrollo de tales «bases». Ello sin perjuicio de que el TC pudiera controlar ese ejercicio competencial si el Estado entendiera que las CCAA se excedían en ese desarrollo. Una concepción de las bases esta, ideada en favor de la efectividad inmediata de autonomía territorial que, ciertamente, ha tenido un muy trascendental reverso en la amplia virtualidad del concepto material de bases y su uso no infrecuente hasta hoy, como se verá más adelante indicando la calificación del tipo de autonomía devenida por ello, según algún relevante autor.

§ Antes de finalizar ese primer año de sentencias, el TC enunció también la concepción misma de la «autonomía» política en relación con los derechos y obligaciones. Quiere decirse con ello que fijó el sentido del principio igualdad tal y como lo formula el art. 139.1 CE: «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado». Una formulación que, en su literalidad, comporta una restricción más que importante de la capacidad de autogobierno en su proyección sobre los ciudadanos de cada territorio con autonomía. Lo que aclaró la STC 37/1981, de 16 de noviembre es que «Es obvio [...] que tal principio no puede

⁵ La Disposición Transitoria y Final VIII de la Constitución italiana disponía, entre otros extremos, la convocatoria de elecciones de los Consejos regionales en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del texto constitucional (1948). Muestra de esa atipicidad en el iter del surgimiento de las Regiones ordinarias, es que la Ley Electoral Regional no fue aprobada hasta 1968 (Ley núm. 108, de 17 de febrero), esto es, veinte años después. Y, aunque la primera de las Disposiciones Transitorias (art. 22) de esta Ley fijaba el plazo de un año para la celebración de las primeras elecciones, las mismas no se celebraron hasta el 7 de junio de 1970, puesto que el plazo fue prorrogado por el art. 1.º de la ley de 7 de noviembre de 1969, núm. 774. (Las razones de este retraso pueden verse de forma resumida en Paolo Caretti, «Il modello di autonomia regionale nel disegno costituzionale e nei suoi successivi sviluppi», *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno núm. 1, Seminari 1989-1990, pp. 209-219). Los Estatutos serían por fin aprobados entre mayo y julio de 1971, si bien en la práctica el proceso de constitución de las Regiones ordinarias no culmina hasta varios años después, en concreto en 1977, con las transferencias reguladas por los decretos del Presidente de la República (en particular el d.P.R. núm. 616), que permitieron hacer efectivas las previsiones del art. 118 de la Constitución.

ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones» (FJ 2). Ha de repararse en que, a la fecha de emanación de tal Sentencia, únicamente se habían constituido las tres Comunidades Autónomas (CCAA) a las que se refiere la Disposición Transitoria Segunda CE y, aunque ciertamente unos meses antes (el 31 de julio, concretamente) de dicha Sentencia ya se habían firmado los Acuerdos Autonómicos entre los dos principales partidos políticos en los años iniciales del nuevo régimen constitucional, Unión de Centro Democrático (UCD) y Partido Socialista Obrero Español (PSOE)⁶, en los que se preveía la descentralización generalizada del poder, difícilmente podía tenerse una idea cierta de cómo se iba a desenvolver el proceso autonómico.

§ En esa misma línea de evolución del sistema de descentralización territorial, el Tribunal cambió también su postura inicial respecto de la legitimación de las CCAA para impugnar la constitucionalidad de las leyes y normas con su fuerza, impugnación para la que el art. 32.2 LOTC requiere «que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía». Inicialmente entendió este requisito en sentido estricto (STC 25/1981, de 14 de julio); pero antes de finalizar el año siguiente lo matiza de forma importante, dotándole de una vertiente objetiva, pues obviamente objetiva es la depuración del ordenamiento: «El haz de competencias de la Comunidad Autónoma, plasmación positiva de su ámbito propio de autonomía es, simplemente, el lugar en donde ha de situarse el punto de conexión entre el interés de la Comunidad y la acción que se intenta, pero el objetivo que ésta persigue, la pretensión a que da lugar, no es la preservación o delimitación del propio ámbito competencial, sino la depuración objetiva del ordenamiento mediante la invalidación de la norma inconstitucional» (STC 84/1982, de 23 de diciembre, FJ 1). A partir de ese momento será una doctrina que reitere y aun enfatice⁷.

⁶ Importa, y mucho, subrayar que tales partidos sumaban entre ambos la gran mayoría de los integrantes de las Cortes Generales, y su acuerdo en relación con este ámbito de la descentralización territorial del Estado resultará capital durante el cuarto de siglo siguiente. La ruptura de tal acuerdo entre dichos partidos mayoritarios nacionales, entendiendo por tales las formaciones que cabe designar genéricamente como liberal y socialista, dará lugar a la contraposición que enuncia el primer inciso del título puesto a estas páginas.

⁷ Ejemplo paradigmático de ese alcance objetivo de la legitimación autonómica para recurrir leyes estatales es la STC 199/1987, de 16 de diciembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los Parlamentos vasco y catalán frente a numerosos preceptos de la *Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución*, y que comienza recordando (frente a las alegaciones del Abogado del Estado) dicha doctrina acerca de la legitimación de las CCAA para recurrir en inconstitucionalidad leyes estatales. Procede recordar, para entender mejor que fueran tales instituciones las impugnantes de la constitucionalidad de la ley antiterrorista, que en las dos CCAA se asentaban a la sazón sendos grupos terroristas de inspiración nacionalista (*id est*, de la misma ideología, pero en versión civilizada, de las fuerzas políticas preponderantes en ellas, como ha quedado dicho ya al inicio): ETA y Terra Lliure (éste, mucho menos nocivo que el primero, se disolvería pocos años después de esta Sentencia, mientras que el primero seguiría operando criminalmente durante casi un cuarto de siglo más).

§ Cabe complementar lo que se acaba de señalar acerca de la generosidad interpretativa del requisito de la afectación del propio ámbito competencial para impugnar las CCAA la constitucionalidad de leyes estatales, con la interpretación de la ventaja procesal que supone para el Estado la suspensión automática prevista en el art. 161.2 CE de disposiciones y resoluciones autonómicas que, como es sabido, luego extendió el legislador del Tribunal Constitucional a las leyes autonómicas (art. 30 LOTC). Ya muy pronto, el ATC 116/1981, de 13 de noviembre, levantó parcialmente la suspensión de los Decretos autonómicos impugnados algo antes de los cinco meses que señala el precepto constitucional, razonando que no veía motivos para mantenerla. Y, aunque en el propio seno del Tribunal no siempre ha sido pacífica tal decisión en el caso concreto, ni incluso la interpretación acerca de su grado de generalización de la jurisprudencia constitucional (cfr. el ATC 30/2003, de 28 de enero *vs.* ATC 300/2005, de 5 de julio, y los respectivos votos particulares), la doctrina generada desde el inicio de contraponer los intereses de los afectados y los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión, hace que en no pocas ocasiones el TC alce la suspensión a petición de la Comunidad autónoma afectada antes de que finalice el plazo referido.

§ Que el Tribunal Constitucional fundacional tenía clara la idea de cómo había de entenderse el proceso de descentralización desde la perspectiva de los nuevos entes territoriales autonómicos, parece que se puso tan de manifiesto como con el *Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico* (LOAPA). La Constitución española contempla un instrumento legal que permite «armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas» cuando ambas Cámaras de las Cortes Generales aprecien por mayoría absoluta que así lo exige el interés general (art. 150.3). Instrumento este de las leyes de armonización que supone la incidencia negativa en su autonomía normativa y, en tanto tal, el detrimento correspondiente en su autogobierno.

Los dos partidos políticos mayoritarios antes aludidos, a la vista de que el proceso de descentralización iniciado podía resultar descontrolado, encargó un dictamen a un grupo de los iuspublicistas más relevantes en el momento para llevar a cabo una ley que armonizase el proceso autonómico que estaba teniendo lugar, y que se plasmó en el proyecto de ley citado. Proyecto que, en previsión de la incidencia que podía suponer en su recién estrenado autogobierno, las instituciones del País Vasco y de Cataluña, detentadas por los partidos nacionalistas mayoritarios en ambos territorios, se apresuraron a recurrir ante el Tribunal Constitucional⁸.

⁸ En los años iniciales del régimen constitucional actual, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) preveía el recurso previo de inconstitucionalidad, es decir, antes de que la ley fuese promulgada y publicada y, por tanto, antes de que desplegase sus efectos. Fue suprimido en 1985 como consecuencia del abuso en su utilización por parte de la oposición frente a la mayoría parlamentaria que disponía de un número de integrantes capaz de aprobar sin mayor problema leyes reforzadas. Será reintroducido a raíz de la experiencia habida con la declaración de inconstitucionalidad de preceptos del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, como se dirá más adelante. De esta reintroducción me he ocupado en «El recurso previo de inconstitucionalidad frente a proyectos de Estatutos de autonomía y de su modificación», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, pp. 683-699.

El resultado fue la —por decirlo de modo expresivo— demoledora STC 76/1983, de 5 de agosto, que declaró inconstitucional la mayor parte de los preceptos impugnados, sobre la idea —expuesta de modo sucinto— de que el Estado solo puede utilizar este instrumento normativo cuando no tiene otros a su alcance para lograr el mismo fin armonizador, y siempre que corresponda a las CCAA toda la legislación sobre una materia⁹.

La consecuencia práctica de esta decisión en lo que interesa aquí, esto es, en relación con su incidencia en el margen de autogobierno autonómico, fue que nunca hasta la fecha se haya vuelto a intentar otra ley de armonización, por más que el precepto constitucional que la prevé siga perfectamente vigente. Entre otras razones, en el sentido señalado por la propia Sentencia, porque la misma Constitución provee al Estado de otros instrumentos alternativos como es, en el caso de las tan relevantes materias antes señaladas, «lo básico» («legislación básica», «normas básicas», «bases»), cuyo uso ha sido relativamente frecuente.

§ En una línea similar, la Constitución prevé la supletoriedad del derecho estatal respecto del derecho autonómico «en todo caso» (art. 149.3 *in fine*). Esta expresión fue inicialmente entendida por parte de muy reconocida doctrina¹⁰, y por el propio TC¹¹, como posibilidad de que el Estado pudiese dictar normas en todas las materias, aunque las hubiesen asumido como competencias exclusivas las CCAA, sin perjuicio, eso sí, de que en las que éstas tuviesen capacidad normativa, no se vieran incididas por la regulación estatal.

El TC, sin embargo, iría cambiando su doctrina a partir de la STC 15/1989, de 26 de enero, continuó con la STC 118/1996 y puede decirse que se asienta con la STC 61/1997, de 20 de marzo. Conforme a esa doctrina, tal cláusula de supletoriedad ni es de naturaleza competencial, esto es, no comporta que corresponda al Estado la normación de cualquier materia, y tampoco determina una preferencia en favor de las normas estatales. El resultado de esa evolución de la jurisprudencia del Tribunal es que, cuando sobre una materia hayan asumido la competencia todas las CCAA, no le cabe al Estado la posibilidad de dictar normas sobre ella en virtud de esta cláusula, puesto que carecerá de título para ello. Lo que lleva a entender, tal y como se ha propuesto¹²,

⁹ Muestra de la gran relevancia de la Sentencia, fue el inmediato análisis que apareció de tres de los más reconocidos iuspublicistas del momento en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983: Santiago Muñoz Machado, «La interpretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones. (La sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983 asunto LOAPA)»; Luciano Parejo Alfonso, «Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional, de 5 de agosto de 1983, relativa al Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico» y Pedro Cruz Villalón, «¿Reserva de Constitución? (Comentario al Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA)».

¹⁰ P. ej., por Ignacio de Otto, «La prevalencia del derecho estatal sobre el derecho regional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, p. 73; años después, en el mismo sentido por Luis M.^a Díez-Picazo Giménez, «Ley autonómica y ley estatal», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 25, 1989, p. 71.

¹¹ P. ej., SSTC 85/1983, de 25 de octubre, FJ 3 o 95/1984, de 18 de noviembre, FJ 3.

¹² P. ej., por Antonio Arroyo Gil, «La reforma constitucional del Estado autonómico en clave federal. ¿Únicamente lista de competencias estatales, cláusula residual inversa y supresión de la regla de supletoriedad

que lo más idóneo sería la desaparición de la cláusula de supletoriedad en una eventual reforma constitucional de la organización territorial del Estado.

§ Más relevante es la previsión en ese mismo precepto (art. 149.3 CE) de la cláusula de prevalencia del derecho estatal sobre el autonómico, común en los sistemas descentralizados. En su virtud, las normas del Estado «[...] prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas». Esta cláusula viene siendo objeto de una interpretación por el TC que la hace vacua, porque de darse tal conflicto, lo resuelve determinando en cada caso qué título competencial resulta preponderante, es decir, convirtiendo el conflicto normativo en conflicto competencial. El paisaje de fondo de esta doctrina es la de que así se garantizan mejor las competencias autonómicas. Sin embargo, a partir de comienzos de este siglo ya hay votos particulares a esta interpretación de la cláusula de prevalencia (la primera y principal, STC 1/2003, de 16 de enero), y en 2016 se dictan varias sentencias con una doctrina diferente, pero no de forma general, sino para casos específicos, en favor de la prevalencia del derecho estatal (SSTC 102/2016, de 25 de mayo, 116/2016, de 20 de junio, 127/2016, de 7 de julio y 204/2016, de 1 de diciembre). Desde entonces, ha venido produciéndose un zigzagueo interpretativo de tal cláusula, restrictivo y expansivo por así decir (STC 1/2017, 16 de enero; ATC 27/2019, de 26 de febrero), que en el momento en que se redactan estas líneas parece decantarse en el primero de los sentidos (STC 76/2022, de 15 de junio). Por lo demás, y como es fácil intuir, la virtualidad de esta cláusula de prevalencia se encuentra inextricablemente unida al fundamental concepto antes visto de «lo básico»¹³.

§ En el caso de las «relaciones internacionales», competencia exclusiva del Estado sin más indicación en el precepto que la dispone (art. 149.1.3.^a CE), el TC también contribuyó, antes de que se cumpliera su primera década emanando sentencias, a la consolidación del proceso de descentralización. En este caso, más que una evolución fue propiamente un giro anunciado, porque en la STC 137/1989, de 20 de julio, llevó a cabo una interpretación estricta de tal título competencial («[...] el constituyente —en un precepto de alcance perfectamente meditado e inequívoco, según se deduce de sus antecedentes parlamentarios— ha reservado en exclusiva a los órganos centrales del Estado la totalidad de las competencias en materia de relaciones internacionales» (FJ 3), pero con un voto particular discrepante firmado por cuatro magistrados; y prácticamente semanas después dio lugar a una interpretación más generosa, que ceñía sólo a la «relación nuclear» con tal materia de las relaciones internacionales la exclusividad de la competencia estatal (STC 153/1989, de 5 de octubre, FJ 8). Doctrina que mantiene hasta hoy.

del derecho estatal?», en *España: el federalismo necesario*, Ramón Punset Blanco y Leopoldo Tolivar Alas (coords.), Reus ed., Madrid, 2020, pp. 33 y ss.

¹³ Cfr., sobre esta cláusula recientemente, Pedro Ibáñez Buil, P., *Recurso de inconstitucionalidad y delimitación de competencias*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2023, pp. 359 y ss.

§ Al año siguiente de estas decisiones acabadas de citar, tuvo lugar, siempre en el mismo sentido en favor de la descentralización, el reconocimiento de la virtualidad de las cláusulas subrogatorias de los EEAA en materia de «administración de la Administración de Justicia», esto es, de los medios personales y materiales de dicha administración, entendiendo que las CCAA tienen competencia sobre ellos siempre de carácter de ejecución simple y reglamentaria, nunca de carácter legislativo. Naturalmente, tal competencia no puede afectar al «núcleo de la Administración de Justicia en sentido estricto», vale decir, a la función de impartir justicia, que en el sistema español está reservada en exclusiva al Estado *ex art.* 149.1.5.^a CE, ni tampoco a lo confiado por el legislador (concretamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial) al Gobierno de la Nación que esté relacionado con tal función (así, centros supracomunitarios como el Centro de Estudios Judiciales, etc.) (STC 56/1990, de 29 de marzo, FJ 8).

§ Exponente explícito de la consolidación del tipo de descentralización generada es la doctrina constitucional sobre la organización institucional de las CCAA. Efectivamente, la STC 225/1998, de 25 de noviembre, afirma que, habiendo experimentado la Comunidad Autónoma de cuyo Estatuto se estaba enjuiciando la constitucionalidad de un precepto, una «progresiva asimilación de competencias en relación con las Comunidades Autónomas del art. 151 CE», «[n]inguna duda existe... sobre la utilización del art. 152.1 CE como canon de constitucionalidad...» al haber optado dicha Comunidad por una Asamblea «como la prevista en el art. 152.1 CE para aquellas Comunidades que accedieron a la autonomía política por la vía regulada en el art. 151 CE». De donde necesariamente se infiere que, habiendo experimentado todas las CCAA tal asimilación sustancial de competencias con motivo de los Pactos Autonómicos de 1992 y la legislación posterior consiguiente, y al haber optado también todas ellas por una Asamblea como la prevista para las comunidades de acceso rápido al autogobierno pleno, su organización institucional tiene por canon constitucional el de éstas, determinado en el citado art. 152.1 CE. Es decir, *ex interpretatio* del TC, el canon de las instituciones principales autonómicas se ha homogeneizado tomando como referencia el de las CCAA que la Constitución singulariza en mayor medida¹⁴.

§ A expensas de lo que señalaré en el punto siguiente y último de esta síntesis del *favor* con el que el TC ha encarado desde sus inicios la descentralización territorial del Estado español y de su interés —constitucionalmente debido— en facilitar que éste se desenvuelva en esa cualidad, ha de referirse finalmente, y como demostración fehaciente de esa sensibilidad territorial, que no declaró inconstitucional precepto alguno de Estatuto de Autonomía hasta 2010, es decir, hasta tres décadas largas desde la promulgación de la Constitución, en que se ve impelido a dictar la STC 31/2010, de 28

¹⁴ A la Sentencia en cuestión se acompaña un Voto Particular del Magistrado-Presidente, Pedro Cruz Villalón, que discrepa de tal razonamiento de la mayoría, y con el que, como en algún otro lugar he señalado, estoy de acuerdo: mientras la organización institucional de las CCAA de acceso rápido al autogobierno deriva directamente de la Constitución, la de acceso gradual deriva directamente del Estatuto de Autonomía, el cual puede disponer lo que, dentro del límite constitucional, estime por conveniente en virtud de la primera (y más propia o característica) de sus competencias exclusivas (art. 148.1.1.^a: «Organización de sus instituciones de autogobierno»), que todos los Estatutos han asumido.

de junio, sobre el nuevo Estatuto de Autonomía catalán. Como recuerda P. Cruz, lo que venía haciéndose desde el inicio era interpretarlos de manera conforme con la Constitución¹⁵: p. ej., y paradigmáticamente, si el Estatuto afirmaba como «exclusivas» de la Comunidad competencias que no lo eran, acudía al sencillo expediente de señalar que el término «exclusividad» es semánticamente equívoco (*v. gr.*, la temprana STC 5/1982, de 8 de febrero, FJ 1).

§ Añado ahora a todo lo expuesto como una vertiente singular de la consolidación del sistema descentralizado por la jurisprudencia constitucional, lo referido a lo que, en terminología habitual se conocen como los «hechos diferenciales» más acusados de algunos territorios respecto de los demás: la lengua singular en aquellos territorios que la tienen, el régimen económico-fiscal y el derecho civil foral y especial¹⁶ (si bien este es menos significativo a los efectos que aquí interesan). Sobre ellos, y en particular sobre la lengua, han versado un buen conjunto de resoluciones, y no pocas de ellas cruciales, del TC, como no podía ser de otro modo.

En relación con las lenguas autóctonas, cabría destacar las sucesivas SSTC 82, 83 y 84/1986, de 26 de junio, sobre la normalización del euskera, catalán y gallego; en relación específicamente con el catalán, la STC 337/1994, de 23 de diciembre y la decisión sobre el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, y la STC 31/2010, de 28 de junio, que aborda numerosas vertientes: el deber de conocimiento de dicha lengua: FJ 14.b), su uso por las administraciones públicas: FFJJ. 6 y 23, presentación de escritos en tal lengua ante las instituciones estatales: FJ 21, o su uso en la enseñanza: FJ 24. Sobre el empleo de las diversas lenguas en distintos ámbitos, las SSTC también sucesivas 86, 87 y 88/2017, de 4 de julio: prestación de servicios audiovisuales, cooficialidad y extranjeros, lenguas y consumidores, respectivamente. Y sobre la enseñanza de las lenguas autóctonas y, en su caso, del castellano, las SSTC 15/2013, de 31 de enero, 48/2013, de 16 de febrero, 2/2014, de 16 de enero, 30/2018, de 22 de marzo, y 51/2019, de 11 de abril.

Por su parte, en relación con el régimen económico-fiscal diferenciado, en el caso de los territorios forales *ex* Disposición Adicional Primera CE, las SSTC 118/2016, de 23 de junio, 203/2016, de 1 de diciembre; 13/2018, de 8 de febrero y 158/2019, de 12 de diciembre, todas ellas en relación con la fiscalidad de los territorios forales. El caso de Canarias es obviamente de naturaleza diferente al de tales territorios forales, diferencia que deriva de la circunstancia natural en que consiste su situación geográfica y su distancia de la península (región ultraperiférica a efectos de la UE —constantemente

¹⁵ «[...] “los Estatutos se respetan” [...] se interpretan [...] pero no se les declara inconstitucionales [...] mientras materialmente pueda evitarse [...]», Pedro Cruz Villalón, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 2, 2006, p. 85 (la cursiva es mía). El artículo obedece a su ponencia el año anterior (es decir, cuando aún estaba en elaboración la reforma del Estatuto catalán) en las XXVII Jornadas de lo Contencioso-Administrativo, y venía a advertir que podían declararse inconstitucionales preceptos estatutarios cuando no quedase margen material para evitarlo, como efectivamente acabaría sucediendo en el caso del nuevo Estatuto catalán de 2006.

¹⁶ A mi juicio, contra lo que no es inhabitual ver señalado, no constituyen hechos diferenciales competencias que sólo algunas CCAA han asumido (policía propia, administración de justicia, prisiones, etc.) y, en todo caso, tampoco tienen relevancia en lo que interesa a la cuestión en este apartado del texto.

recordada en el nuevo Estatuto canario— con la incidencia que ello tiene también en sede de jurisdicción constitucional: por todas, ente la las varias decisiones del TC que ha generado, STC 100/2012, de 8 de mayo), de manera que afecta en mucha menor medida al sentido de esta aportación.

Dejando a un lado ahora el mayor o menor acierto de los numerosos pronunciamientos concretos del TC en relación con ambos ámbitos apuntados, lengua y régimen económico-fiscal, el resultado ha sido un indudable afianzamiento de dichas singularidades. Pero un afianzamiento que, tal y como se manifiesta, genera una importante opinión crítica, porque es incoherente la finalidad que animó su reconocimiento expreso en la Constitución por quienes la elaboraron. Esa finalidad era, claro está, una integración suficientemente armónica de tales particularidades en el nuevo sistema constitucional aprovechando la descentralización territorial (entonces de incierto alcance) y, con ello, su aceptación por la comunidad política toda. Sucede, sin embargo, que el resultado viene siendo muy diferente a las expectativas generadas por aquella intención, en virtud de la maximización de tales particularidades; maximización que, si en el caso del hecho diferencial económico-fiscal ha dado lugar a un enfrentamiento interterritorial (singularmente entre territorios colindantes a los territorios forales), en el caso de las lenguas ha supuesto situaciones problemáticas intraterritorialmente, es decir, entre los propios habitantes de las mismas CCAA que las tienen, en relación a la lengua común en el territorio nacional *ex art. 3 CE*, en materia de enseñanza, de acceso a la Administración Autonómica, de atención al público y de rotulación en los comercios, de etiquetado de productos, etc. Aquí nos limitamos a dar cuenta de ello, toda vez que es una realidad ineludiblemente relacionada con la descentralización territorial según ha devenido que, en cuanto tal, resulta contexto de la actuación del TC en materia de descentralización territorial, por lo que no puede dejar de aludirse a ello, sin más consideraciones en lo que aquí se pretende, que es una suerte de crónica de esa evolución.

Del mismo modo que tampoco cabe dejar de acotar que todo lo visto en relación con el *favor* descentralizador del TC no ha sido incompatible con una doctrina igualmente firme del mismo órgano sobre la posición de superioridad del Estado como obligado constitucionalmente a velar por el interés general por medio de sus competencias. El punto de partida apareció con toda claridad ya en la cuarta sentencia que dicta el Alto Tribunal tras su constitución como tal (STC 4/1981, de 2 de febrero) que, significativamente, es la primera que dicta en Pleno y versa sobre organización territorial (las tres anteriores resolvieron sendos recursos de amparo y fueron dictadas en Sala). En lo que aquí interesa, en ella afirma, de un lado, que la autonomía que corresponde a las CCAA es política y no meramente administrativa, pero que esa «autonomía no es soberanía»; y, de otro, que el Estado ostenta una posición de superioridad sobre las CCAA como garante que es del interés general, según deriva de numerosos preceptos constitucionales (FJ 3).

Donde se visibiliza en la práctica esta posición de garante del interés general es, justamente, en la distribución del poder en forma de títulos competenciales: de naturaleza concreta unos (p. ej., la autorización por el Estado de las consultas populares por vía de referéndum: art. 149.1.32.^a CE); menos concreta otras (las aludidas «bases», esto es, el común denominador normativo en todo el territorio nacional sobre deter-

minadas materias: art. 149.1.8.^a, 11.^a, 16.^a, 17.^a, etc.); y decididamente genérica en los títulos transversales, que esencialmente vienen dados por los arts. 149.1.1.^a y 13.^a CE¹⁷. Va de suyo en relación con este último tipo de competencia que, por su formulación genérica, admiten un amplio margen de interpretación, margen que resulta de suma cero: cuanto más amplia sea en favor del Estado, menos margen de autogobierno en las materias de que se trate corresponderá a las CCAA y a la inversa.

Pero aún más trascendencia favorable al Estado que estos títulos transversales ha tenido el concepto material de las «bases», «normas básicas» o «legislación básica» que hemos visto que el TC posibilitó desde muy temprano. La generalización de su uso ha supuesto que «lo básico» se disponga también en normas infralegales y aun en decisiones meramente ejecutivas, frente a lo que resultaría más propio, según también hemos dicho antes que indicó desde el inicio el Alto Tribunal, que es que se dispongan en leyes formales. El uso de un concepto amplio de «lo básico» por parte del Estado, habida cuenta de la relevancia de los ámbitos materiales sobre los que la Constitución se lo concede, es para algunos, según hemos adelantado ya, excesivo y aun abusivo, de modo que —concluyen— se ha dado lugar a un sistema de autonomía territorial que, siendo competencialmente amplia, resulta sin embargo «de baja calidad»¹⁸. Idea patente, en particular, para las CCAA más significadas en la vindicación de su autogobierno, País Vasco y Cataluña, a cuyo frente han estado —como hemos reiterado— fuerzas políticas nacionalistas la gran mayoría de las legislaturas que la esgrimen como una razón, no menor, para sus aspiraciones independentistas. De sus intentos en este sentido, el primero fue abortado de raíz, pero no así el segundo. En ambos ha sido decisivo, jurídico-constitucionalmente, el TC, y a ello se dedica la última parte de esta aportación.

III. El Tribunal Constitucional como garante de la unidad territorial frente a procesos secesionistas

El enrarecido clima político que se gestó en España en general, y en el País Vasco y en Cataluña en particular, durante la primera parte de la década inicial del presente siglo, dio lugar en este segundo caso a un Estatuto de Autonomía totalmente renovado (*LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña*) y, dos años después, en el primer caso directamente a una *Ley de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política* (Ley 9/2008, de 27 de junio, aprobada en el Parlamento vasco muy ajustadamente, por tres votos de diferencia); con el adverbio *directamente* se quiere

¹⁷ «[...] las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1.^a CE) y «[...] la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13.^a CE).

¹⁸ Así lo expuso quien fuera Magistrado y Vicepresidente (1998-2001) del TC, Carles Viver Pi-Sunyer, en un artículo del periódico entonces de mayor tirada nacional: «Finalmente, una autonomía de baja calidad», *El País*, 08-09-2003. El autor luego ha colaborado jurídicamente con el movimiento secesionista en Cataluña.

decir que el título de la norma observa un esmerado cuidado para soslayar la expresión «referéndum de autodeterminación», no otra cosa era el objeto de la ley.

Esta ley fue constitucionalmente impugnada de inmediato por el Presidente del Gobierno, impugnación que se resolvió en menos de dos meses, sin votos particulares y declarando su inconstitucionalidad de forma terminante mediante la STC 103/2008, de 11 de septiembre, constituida en *leading case* de los supuestos en los que el TC aborde luego el referéndum. Ha de reseñarse que la Sentencia en cuestión fue muy bien acogida por la doctrina, y que las pretensiones del Lehendakari a la sazón (que dio su nombre al «plan» jurídico-político trazado en función de dicha Ley, el «Plan Ibarretxe»), encontraron con ella su final... hasta ahora al menos.

No sucedió lo mismo, sin embargo, con el caso del nuevo Estatuto de Cataluña, fruto no sólo de un apoyo político autonómico más extenso (del nacionalismo y del socialismo catalanes), sino de la exclusión del partido liberal-conservador que en el Estado es, junto con la socialista, la otra gran fuerza mayoritaria, formalizada en un pacto escrito («Pacto del Tinell») entre aquellos partidos. En ese nuevo Estatuto las competencias (contenido obligado, y principal, de los Estatutos de Autonomía según la Constitución, como se ha recordado al comienzo de este trabajo) se reflejaron descriptivamente de tal forma (mediante un enunciado pormenorizado de sus contenidos y de su interpretación constitucional) que condicionase íntegramente al TC a la hora de resolver los conflictos competenciales que pudieren surgir entre la Generalitat y el Estado (lo que se conoció como «blindaje» de las competencias). Junto con esta pretensión, se incluyeron en el renovado Estatuto catalán contenidos, sustantivos y simbólicos, que hacían materialmente del mismo, no lo que la Constitución determina —una ley orgánica estatutaria—, sino una Constitución territorial. Aprobado por las Cortes Generales¹⁹, y luego en el pertinente referéndum autonómico (si bien con una participación que no llegó a la mitad del cuerpo electoral autonómico²⁰, sensiblemente baja en comparación con las habidas hasta ese momento en elecciones y en otros referéndums), sería no obstante desactivado en gran medida por la STC 31/2010, de 28 de junio; esto es, formalmente se declararon inconstitucionales pocos preceptos en proporción a los muchos que fueron impugnados, pero la interpretación conforme a la Constitución que impone la Sentencia de bastantes y muy relevantes de ellos para

¹⁹ La aprobación parlamentaria del renovado Estatuto catalán no fue precisamente pacífica, porque tal y como salió del Parlamento catalán le eran imputados (también por servicios jurídicos de la Generalidad) como inconstitucionales numerosos preceptos. El Presidente del Gobierno entonces, Sr. Rodríguez Zapatero, se manifestó al respecto indicando que de las Cortes salía constitucionalmente «limpio como una patena». La popular expresión fue objeto de crítica por varios parlamentarios durante su tramitación (p. ej., por el Sr. García-Escudero en la sesión plenaria del Senado de 19 de octubre de 2005, por los Srs. Durán i Lleida y Erkoreka en el debate de totalidad de propuestas de reforma de Estatutos de Autonomía habido en la sesión plenaria del Congreso de 2 de noviembre 2005 o por el Sr. Rajoy en la Sesión del Congreso de 30 de marzo de 2006; sirvió de título a un reportaje periodístico en el diario nacional de mayor tirada (El País, de 28 de diciembre de 2005) y fue la que utilizó el Presidente de la Comisión Constitucional del Congreso, Alfonso Guerra, cuando el texto salió de ella con algunas modificaciones, queriendo significar su conformidad constitucional.

²⁰ En concreto la participación fue del 48,8%, del cual votó a favor el 73,9%.

salvarles de su nulidad, suponía la pérdida en importante medida de la finalidad pretendida por sus redactores²¹.

La Sentencia fue muy contestada por las fuerzas nacionalistas y socialistas que lo habían gestado y, aunque la participación en el referéndum de reforma estatutaria fue, según se acaba de decir, llamativamente inferior a la gran mayoría de las consultas y elecciones previas de distinta índole habidas en la misma Comunidad, en lo que aquí interesa la experiencia llevó —con indudable lógica— a reintroducir el recurso previo de inconstitucionalidad vigente en los primeros años del régimen constitucional para los Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas, pero restringiéndolo sólo a los proyectos de Estatuto y a sus reformas: modificación de la LOTC mediante la LO 12/2015, de 22 de septiembre.

Con la Sentencia citada como pretexto, el nacionalismo catalán inició un proceso soberanista con el fin último de alcanzar la independencia de la Comunidad. Proceso que comienza en su Parlamento a principios de 2013 y continúa hasta la declaración unilateral de la República Catalana como estado independiente y soberano casi cinco años más tarde (si bien fue una declaración fugaz, según se recordará más adelante). En lo que a estas páginas importa, que es la incidencia en el TC de tal proceso, ha de señalarse que, a medida que se van produciendo normas, acuerdos y actuaciones de las instituciones catalanas, van siendo impugnadas constitucionalmente y resultando anuladas por el TC, sin que el espacio de esta aportación permita exponer ni siquiera resumidamente las decenas de respuestas en sede constitucional a las actuaciones impugnadas de los órganos autonómicos catalanes. Sucede, sin embargo, que las decisiones de aquél son ignoradas por las autoridades y altos funcionarios, de adscripción nacionalista como ha quedado dicho. La consecuencia de tal inobservancia continuada será una nueva reforma de la LOTC, apenas semanas después del anterior (aunque nada tengan que ver entre ellas), mediante LO 15/2015, de 16 de octubre, atribuyendo al Alto Tribunal capacidades que van desde las sanciones pecuniarias a la previsión de responsabilidades penales para quienes obstaculicen o no observen sus determinaciones; pero también, y sobre todo, la posibilidad de suspender temporalmente de sus funciones hasta la ejecución de tales determinaciones a las autoridades o empleados públicos, así como requerir la colaboración del Gobierno de la Nación para ello (art. 92 LOTC, en su nueva redacción). No son atribuciones propias de tribunales constitucionales, cuya misión es la de declarar la conformidad o disconformidad constitucional de actuaciones del poder público, derivando los efectos de sus decisiones directamente de la ley o de los poderes concernidos por ellas. Sin salir del propio Tribunal, en relación

²¹ Con todo, cuatro de los cinco votos particulares —procede recordar que el Pleno que la dicta estuvo integrado en tal ocasión por diez magistrados, al no haberse sustituido a uno fallecido y al ser aceptada la recusación de otro—, son seriamente críticos con la Sentencia, viniendo a aseverar que la interpretación realizada conforme con la Constitución de los preceptos «salvados» era una interpretación realmente forzada, y que lo debido hubiera sido declararlos inconstitucionales. Del conjunto de lo acaecido con la Sentencia (atendiendo a lo referido en sus numerosos Antecedentes) se infiere que la mayoría trató de paliar las consecuencias políticas de un fallo cuantitativamente amplio en su inconstitucionalidad. Lo sucedido a partir de su publicación confirma, una vez más por si fuera necesario, que poca melancolía hay mayor que la que genera un denodado esfuerzo que resulta a la postre totalmente baldío.

específicamente con la capacidad de suspender a autoridades y empleados públicos y de requerir al Gobierno para la ejecución por sustitución de sus decisiones, los tres votos particulares disidentes a las dos Sentencias recaídas en sendos recursos de inconstitucionalidad presentados por los Gobiernos vasco y catalán, respectivamente, contra tal reforma (SSTC 185/2016, de 3 de noviembre y 215/2016, de 15 de diciembre), así lo ponen de relieve²².

El proceso soberanista culmina en septiembre-octubre de 2017, siendo Presidente de la Generalidad Carles Puigdemont: en septiembre se aprueban la *Ley de referéndum de autodeterminación* y la *Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la república*, cuyos acuerdos de tramitación por la Mesa del Parlamento catalán son anulados por el TC en sendos incidentes de ejecución de sentencia²³. Ambas declaradas, naturalmente, inconstitucionales y nulas (SSTC 114/2017, de 17 de octubre y 124/2017, de 8 de noviembre). Pese a ello, en la línea que hemos indicado de deliberada ignorancia de las decisiones del Alto Tribunal por parte de las autoridades nacionalistas catalanas, se intenta llevar a cabo la consulta el día fijado en la Ley antecitada, el 1 de octubre (1-O), lo que genera disturbios relevantes de intervinientes en la sedicente consulta enfrentados a las fuerzas de seguridad del Estado.

La repercusión internacional que los propios protagonistas de la insurrección propiciaron²⁴ demanda hacer referencia a lo sucedido en el ámbito europeo con otros intentos secesionistas habidos durante el tiempo en que ha tenido lugar el proceso soberanista catalán, como elemento de contraste en relación con el modo de proceder del TC español.

Así, en 2014 había tenido lugar en Escocia un referéndum sobre su independencia que, en lo que aquí importa, fue permitido por el Parlamento británico, acordado con

²² En la doctrina, se ha ocupado de esta reforma de la Ley reguladora del Tribunal, Germán Fernández Farreres, «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para la ejecución de sus resoluciones», en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, vol. 1, *Crisis y renovación del Derecho Público* (Marcos Vaquer Caballería, Ángel Manuel Moreno Molina, Antonio Descalzo González, coords.), Tirant lo blanch, 2018, pp. 379-401.

²³ Ejecución de la STC 259/2015, de 2 de diciembre, que a su vez anuló la resolución del mismo Parlamento catalán de 9 de noviembre de 2015 sobre el inicio del proceso político de Cataluña, como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015.

²⁴ Una muestra de esa repercusión internacional buscada por los independentistas catalanes fue la «carta abierta» que un conjunto de intelectuales en el ámbito internacional (algunos de ellos —como Toni Negri, Varoufakis, Boaventura de Sousa o Judith Butler— conocidos por su determinada tendencia) dirigieron a los responsables máximos de la UE en aquel momento, señores Juncker y Tusk, lamentando la vulneración de las libertades de expresión y reunión y la inobservancia del Estado de Derecho en España (puede verse en *The National*, publicación proindependentista escocesa: <https://www.thenational.scot/news/17641164.read-150-academics-sign-open-letter-criticising-repression-rights-spain/>). En respuesta a tal carta poco tiempo después se publicó otra carta abierta dirigida a los mismos destinatarios (los responsables europeos Juncker y Tusk) que, redactada por los constitucionalistas Josu de Miguel y Francesc de Carreras, fue firmada a su vez por decenas de reconocidos juristas españoles (Manuel Aragón Reyes, Santiago Muñoz Machado, Araceli Mangas, Javier Corcuera, Pablo Pérez Tremps, Joaquín Tornos, José Esteve Pardo, etc.: puede verse en «Cataluña: en defensa de la verdad», diario *El Mundo*, 28 de noviembre de 2017: <https://www.elmundo.es/opinion/2017/11/28/5a1c551f22601df4068b45d6.html>); en ella se replican las incertezas objetivas de afirmaciones hechas en la primera carta.

los nacionalistas escoceses. (Su resultado fue contrario a la independencia con un margen de diez puntos: 55,3% frente al 44,7%).

Ese mismo año la Región del Véneto italiano aprobó dos leyes regionales consecutivas (Leyes 15 y 16/2014, ambas de 19 de junio) cuyo objeto era la convocatoria de dos referéndums: el de la primera para, entre otras cosas, consultar a la población acerca de si deseaba que la Región accediese a la condición de región especial²⁵; el de la segunda, si deseaba que el Véneto fuese una república independiente. La Corte Constitucional declaró tales pretensiones inconstitucionales mediante su Sentencia 118/2015, de 19 de abril, por contrarias a los principios de unidad e indivisibilidad de la República proclamados en el art. 5 de la Constitución italiana.

En 2016, el segundo Senat del Tribunal Constitucional Federal alemán respondió a un amparo de un ciudadano bávaro por denegarse la posibilidad de celebrar un referéndum sobre la independencia de Baviera, y lo hizo de un modo bastante lacónico, recordando simplemente que los *Länder* no son los dueños de la Constitución federal, que lo es el pueblo alemán como constituyente y que, en definitiva, constitucionalmente no cabe plantear por los *Länder* referéndums de separación (Auto de 16 de diciembre).

En los supuestos vistos, pues, o bien permitió el Parlamento nacional la consulta (caso de Gran Bretaña) o, declaradas jurisdiccionalmente nulas las pretensiones de convocar los referéndums, simplemente no se planteó la posibilidad de celebración²⁶. No hubo, pues, declaraciones unilaterales de independencia que es lo que, pese al frustrado intento de celebrar el referéndum convocado en Cataluña el 1-O, acabaría teniendo lugar el 27 del mismo mes de octubre por el Presidente de la Generalidad, Sr. Puigdemont. Aunque de inmediato tal declaración fue seguida de su suspensión por quien la declaraba, la consecuencia de la proclamación fue la detención de los miembros del Gobierno autonómico como imputados por varios delitos, para su posterior juicio. La excepción la constituyó, justamente, el Presidente autonómico, que abandono de forma clandestina el país encontrándose desde aquella fecha hasta hoy como prófugo de la justicia española.

Junto con esta actuación de las autoridades del Estado se aprobó la aplicación de la cláusula de coerción federal (art. 155 CE), cuya constitucionalidad fue impugnada ante el TC en lo referente a varias de sus medidas; el TC rechazó tal impugnación (excepto en lo relativo a una medida, de trascendencia limitada) en las SSTC 89 y 90/2029, ambas de 2 de julio.

En relación con el TC, a éste le siguieron llegando asuntos cuyo origen se debía a la insurrección habida. Pero, dejando a un lado los pendientes en relación con el proceso soberanista que venían de tiempo atrás y no habían podido ser resueltos aún, los

²⁵ De las veinte regiones en que se divide territorialmente el Estado italiano según determina su Constitución italiana, cinco son especiales y el resto ordinarias. Los Estatutos de las primeras son leyes constitucionales; los de las ordinarias son leyes regionales.

²⁶ No incluyo el caso de Quebec porque el último de los referéndums de esta índole celebrados en la provincia fue en 1995, pero tampoco fue discutida su celebración, porque la permite el particular orden constitucional canadiense. El que no se llegó a convocar fue el anunciado para 1997 por los nacionalistas que, salvo un breve período (2012-2014), desde 2001 hasta la fecha no han vuelto a gobernar la provincia canadiense.

nuevos asuntos resultaron en buena parte recursos de amparo de los condenados por sus responsabilidades y sus actuaciones en la situación de insurrección generada. Condenas de las que las principales fueron las de privación de libertad por el delito de sedición y por malversación de fondos públicos, además de multas. Junto con ellos también llegaron al TC amparos parlamentarios en relación con actuaciones contrarias al Reglamento del Parlamento autonómico interpuestos por integrantes de las fuerzas políticas minoritarias con representación en él, alegando la vulneración de su *ius in officium* consecuencia del modo de proceder de los órganos de gobierno de la Cámara con mayoría nacionalista que ha supuesto la obstaculización del ejercicio pleno de su derecho a la representación.

En cifras, han sido casi 130 las decisiones del TC que traen causa del proceso soberanista desde el año 2013 en que tuvo lugar la primera de ellas. Diríase que el saldo es sin duda frustrante para los interesados en el éxito de tal proceso en general, pero en particular para los responsables políticos y sociales más significados: condenados y encarcelados unos (luego indultados), huidos otros, encausados o pendientes de proceso otros más. Ese saldo parece liberar (al menos por ahora) al TC de una carga de impugnaciones como la que ha venido soportando a lo largo del mismo. Sin embargo, los resultados de las últimas elecciones generales cuando se entrega esta exposición (celebradas el 23 de julio de 2023) y —por así expresarlo— de su muy singular gestión, permite aventurar que al registro del Tribunal llegarán, con bastante probabilidad, impugnaciones de alguna ley nunca antes existente en nuestro sistema constitucional, y otras cuestiones menos novedosas pero acaso más trascendentes, como las referidas a la financiación autonómica o a la transferencia estatal de determinadas competencias que hasta hace poco no entraban en la consideración de transferibles. De manera que bien cabría preguntarse si, en sede jurisdiccional constitucional, el sistema (que no modelo, evidentemente) en el que ha devenido la descentralización territorial del Estado español, evoluciona, involuciona o si simplemente, camino del medio siglo que lleva, no hay punto de referencia que permita pronunciarse sobre él con certeza suficiente.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD*

ALICIA GONZÁLEZ

Letrada del Tribunal Constitucional

I. Introducción

Han pasado más de 25 años desde que Javier Jiménez Campo escribió «El control de Constitucionalidad de la ley en Derecho español»¹, trabajo en el que, entre otras muchas, realizó algunas consideraciones sobre el incidente o trámite previo de admisión que prevé el art. 37.1 LOTC para la cuestión de inconstitucionalidad. Tras señalar las importantes diferencias a las que debe atender el Tribunal Constitucional a la hora de decidir sobre la admisibilidad de un recurso y una cuestión de inconstitucionalidad y de advertir la necesidad de someter a enjuiciamiento en dicho trámite, no solo la fundamentación de la cuestión misma, sino la existencia de los presupuestos de viabilidad, particularmente la aplicabilidad de la norma cuestionada y su relevancia para el fallo, manifestó «la conveniencia de que los estudiosos se ocupen, para la ilustración de todos, en examinar la “política de admisiones” —valga la expresión— seguida por el Tribunal en este punto»².

Aunque desde entonces la cuestión de inconstitucionalidad ha sido objeto de estudio por varios autores, no quiero dejar pasar esta ocasión para hacer algunas consideraciones, aun de forma somera, sobre dicho instrumento de control de constitucionalidad. En primer lugar, porque es a través de la cuestión de inconstitucionalidad donde se asegura, no exclusivamente pero sí en buena medida —o mejor dicho, en las mejores condiciones—, la supremacía constitucional³. En segundo

* Este trabajo se elabora en el marco de un proyecto de investigación que dirige Marian Ahumada Ruiz sobre *La evolución del Tribunal Constitucional y la construcción de su identidad* institucional del que formo parte como miembro del grupo de trabajo. Proyecto PID2021-124370NB-I00.

¹ El citado trabajo forma parte del libro *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo, Mac Graw Hill, 1997, pp. 63-89.

² *Op. cit.*, p. 78.

³ Aunque el recurso de inconstitucionalidad responde también a tal finalidad, comparto con Javier Jiménez Campo que las virtualidades de la cuestión de inconstitucionalidad «permiten presentarla en nuestro sistema de jurisdicción constitucional [...] como el instrumento del que más cabe esperar para hacer posible el control de constitucionalidad de la ley». «Sobre la cuestión de inconstitucionalidad», *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, cit., p. 92. Las razones que permiten afirmar lo anterior son, fundamentalmente, dos. La primera y más importante en mi opinión es que es a través de la cuestión donde la duda de constitucional se le plantea al Tribunal Constitucional de forma más objetiva, sin las connotaciones políticas que

término, porque a la vista de las estadísticas, en los últimos años se están produciendo cambios importantes respecto de los datos que arrojan algunas variables que, a mi modo de ver, requieren de un análisis pausado. En tercer lugar, porque indagar en la cuestión de inconstitucionalidad lleva aparejado analizar las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los órganos judiciales en la necesaria cooperación, cada uno en el ámbito de sus competencias, que les atribuye el ordenamiento jurídico en el control de constitucionalidad de la ley. Y, por si no fueran suficientemente importantes las cuestiones señaladas hasta ahora, me anima también la autoridad de quien hace la invitación a los estudiosos del Derecho Constitucional a adentrarnos en esta importante materia.

Reitero que el lector no encontrará en las siguientes páginas un tratamiento pormenorizado y sistemático de la cuestión de inconstitucionalidad, sino tan solo algunas reflexiones que podrían requerir un desarrollo más pausado.

II. La estadística

Aunque las estadísticas, por sí solas, no son reveladoras de las dificultades y problemas que plantea el control incidental de constitucionalidad, sí pueden ayudar a comprender cómo ha evolucionado esa «política de admisiones» de las cuestiones de inconstitucionalidad a la que se refería ya hace más de dos décadas el Prof. Jiménez Campo.

Se adjunta a continuación una tabla en la que se contienen algunos datos referidos⁴:

- i) al número de cuestiones de inconstitucionalidad que se han planteado, no solo por los órganos judiciales, sino también por el propio Tribunal Constitucional, competencia que tiene atribuida en el art. 55.2 LOTC;
- ii) al número de cuestiones de inconstitucionalidad que han promovidos los órganos jurisdiccionales, con especificación de las interpuestas por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional;
- iii) al número de inadmisiones de cuestiones de inconstitucionalidad —acordadas por auto y *ab initio* del proceso—, ya fuera por resultar notoriamente infundadas, por no cumplir con los requisitos de procedibilidad exigidos legalmente o por ambas causas⁵.

rodean al planteamiento del recurso de inconstitucionalidad. En segundo lugar, debido a que la cuestión, a diferencia del recurso, puede interponerse, siempre y cuando concurren los requisitos de procedibilidad, en cualquier momento.

⁴ Los datos consignados en las tablas se han obtenido de las *Memorias* elaboradas y publicadas por el Tribunal Constitucional desde el año 1999.

⁵ Tendría interés, para otra ocasión, distinguir entre las inadmisiones acordadas por una u otra causa o por ambas.

Año	Presentadas	Promovidas por el TS	Promovidas por otros órganos judiciales	Planteadas por el propio TC	Inadmitidas mediante auto
1999	33	0	32	1	8
2000	85	1	82	2	12
2001	105	0	104	1	25
2002	99	1	96	2	35
2003	96	1	95	0	24
2004	70	2	67	1	50
2005	206	1	205	0	113
2006	237	1	236	0	54
2007	137	1	136	0	29
2008	93	1	91	1	56
2009	35	2	32	1	26
2010	50	1	32	2	26
2011	51	1	50	0	17
2012	42	3	39	0	23
2013	106	2	102	2	28
2014	141	5	136	0	44
2015	112	5	106	1	54
2016	45	8	37	0	77
2017	39	2	37	0	18
2018	42	5	37	0	29
2019	33	1	30	2	15
2020	27	2	24	1	18
2021	33	1	30	2	4
2022	27	3	24	0	16
2023	29	5	24	0	

Aunque son varias las cuestiones que podrían resaltarse a la vista de estos datos, me limitaré en este momento a subrayar únicamente tres. La primera: es relevante el descenso de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en los últimos años, en particular desde el año 2016. La segunda: pese a que, con carácter general, el número de cuestiones ha descendido en términos absolutos, no ha sido así en relación con las cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo, que, a la inversa de lo observado con carácter general, es patente que se han venido incrementando desde 2014. La tercera: las autocuestiones de inconstitucionalidad parece que se mantienen estables en el tiempo a pesar de que la LO 6/2007, de 24 de mayo introdujo importantes modificaciones en el recurso de amparo, en concreto en la regulación del trámite de admisibilidad.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones apuntadas —el descenso en los últimos años del planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad—, puede deberse a un sinfín de factores cuyo estudio no puede abordarse en estas páginas⁶. Sin ánimo de agotar todas las hipótesis, tal realidad puede deberse a un desplazamiento del control de constitucionalidad como consecuencia de instarse en primer término un control de adecuación de la ley al Derecho de la Unión Europea⁷, lo que podría tener como consecuencia, bien el planteamiento en primer término de la cuestión prejudicial ante el TJUE⁸ o, en los casos de acto aclarado, desplazar la ley nacional y aplicar el Derecho de la Unión; o a la práctica, todavía parece que extendida pero contraria a lo dispuesto en la Constitución (art. 163 CE), de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad y dejar en suspenso el proceso judicial una vez que ya se ha elevado la oportuna cuestión por otro o por el mismo órgano judicial en un asunto o pleito similar o idéntico. Otra de las razones que podrían explicar este descenso en el número de las cuestiones y sobre la que sí se puede hacer aquí alguna consideración, tiene que ver con el —acaso— establecimiento por parte del Tribunal Constitucional de una reinterpretación de los preceptos que establecen los requisitos de procedibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad (arts. 163 CE y 35 LOTC) y que haya traído como consecuencia un endurecimiento —si es que se puede hablar en estos términos— de los requisitos formales para la admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad, circunstancia esta que podría haber disuadido a los órganos judiciales de su planteamiento.

Al estudio de esta última hipótesis se dedicará el apartado cuarto de este trabajo. Con independencia ahora de que se confirme o no esta posibilidad, llama la atención no solo la disminución del número de cuestiones de inconstitucionalidad que se han presentado, sino también el elevado índice de inadmisiones de tal clase de procesos constitucionales que se han producido por auto (esto es, *ab initio* del procedimiento tras oír al Fiscal General del Estado) desde el año 2016, ya fuera por resultar notoria-

⁶ Rubio Llorente («La jurisdicción constitucional en España», *La forma del Poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, T. III, p. 1232) afirmó que el número de cuestiones de inconstitucionalidad, a diferencia de lo que ocurre con los recursos de inconstitucionalidad, «están sensiblemente por debajo de las habituales en otros países en los que existe esta institución». Aunque no explica las posibles causas de ello, descarta que «obedezca a una defectuosa integración del Tribunal Constitucional en el sistema jurisdiccional español».

⁷ Según doctrina constitucional, el órgano judicial que duda de la constitucionalidad de una ley no podrá plantear cuestión sobre la misma ante el Tribunal Constitucional si al propio tiempo considera que esa ley es claramente incompatible con el Derecho de la Unión Europea, pues en ese caso debe inaplicar aquella. Por ello, si en un supuesto en el que se da esta circunstancia el órgano judicial plantea cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional declara su inadmisibilidad por no realizar correctamente el juicio de aplicabilidad. Distinta es la solución que debe adoptar el órgano judicial si alberga dudas sobre la compatibilidad de esa ley con el Derecho de la Unión, lo que habrá de hacer es plantear primero la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y solo cuando oeste haya descartado la incompatibilidad de la norma nacional con el Derecho comunitario, cabrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

⁸ Un ejemplo lo encontramos, entre otros, en los AATC 185/2016 y 90/2020 en los que se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad por no haberse resuelto por el TJUE la cuestión prejudicial interpuesta simultáneamente por el órgano judicial.

mente infundada, ya por no cumplir con los requisitos de procedibilidad legalmente establecidos o incluso por concurrir ambas causas⁹.

Merece también atención el cambio de tendencia observado en el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por el Tribunal Supremo. A esta cuestión dedicaré el siguiente epígrafe.

Por último, es procedente también un comentario acerca de la frecuencia con la que el propio Tribunal Constitucional ha activado el trámite del art. 55.2 LOTC y se ha cuestionado, con ocasión del conocimiento de un recurso de amparo, si una ley es o no conforme a la Constitución. Como ya se ha expuesto anteriormente, no se observan variaciones importantes en el número de cuestiones de inconstitucionalidad tras la reforma operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo. Aunque dicha norma procedió a lo que se ha venido denominando objetivación del amparo, una de las causas que según el FJ 2 de la STC 155/2009 otorga especial trascendencia constitucional a este tipo de proceso constitucional [art. 50.1.b) LOTC] es que la lesión del derecho fundamental provenga de una disposición de carácter general, lo que ha traído como consecuencia que, cuando se verifica la concurrencia de esta circunstancia en el trámite de admisión, el recurso debe ser admitido a trámite. Así, tanto antes como después de la reforma del amparo en 2007, el modelo de admisión legalmente establecido en cada caso ha previsto que estos supuestos merecen una resolución sobre el fondo del asunto. Por ello, también en este nuevo modelo regulatorio del trámite de admisión del recurso de amparo resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 55.2 LOTC cuando, una vez admitido por concurrir esta causa de especial trascendencia constitucional, se concluye en la deliberación que su fallo debiera ser estimatorio¹⁰. En suma, parece evidente que las modificaciones acerca de la configuración del recurso de amparo o de la propia tramitación de la autocuestión de inconstitucionalidad no han influido en absoluto en la frecuencia con la que el propio Tribunal es el que cuestiona la posible infracción de la Constitución por la ley. Llama la atención, no obstante, que con los grandes cambios que ha sufrido el Tribunal desde su puesta en

⁹ En efecto, salvo en el año 2021, en el que solo se inadmitieron 4 cuestiones de inconstitucionalidad mediante auto —lo que supone el 12,2%—, si calculamos el número de cuestiones que se promovieron con el número de las que se inadmitieron *ab initio* se constata que, también desde el año 2016, se han inadmitido cada año por auto más de la mitad de las cuestiones de inconstitucionalidad que accedieron al Tribunal.

Año	Cuestiones presentadas	Cuestiones inadmitidas por auto	Porcentaje de inadmisiones <i>ab initio</i>
2016	44	77	175%
2017	33	18	54,5%
2018	42	29	65,9%
2019	33	15	45,4%
2020	27	18	66,6%
2021	33	4	12,2%
2022	27	16	59,2%

¹⁰ Tampoco la reforma del art. 55.2 LOTC, en cuanto al momento en que debe examinarse en abstracto por el Tribunal Constitucional la conformidad de la ley cuestionada a la Constitución, esto es, antes de recaer la correspondiente sentencia en el proceso de amparo en el que se promueve la duda de constitucionalidad, ha alterado la frecuencia con la que el TC activa este mecanismo.

marcha, estos no se hayan proyectado sobre la frecuencia con la que el propio Tribunal activa el trámite previsto en el art. 55.1 LOTC.

III. Las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad: algunas consideraciones.

La segunda de las consideraciones apuntadas en el epígrafe anterior, referida al incremento paulatino de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Tribunal Supremo, hay que matizarla de inmediato ya que, a poco que se indague, no resulta del todo certera la referencia genérica al Tribunal Supremo dado que existe una diferencia sustancial en la frecuencia con la que las distintas Salas que integran el Tribunal Supremo activan el trámite previsto en los arts. 35 y ss. LOTC. Se puede afirmar que la práctica totalidad de las cuestiones de inconstitucionalidad que se han promovido lo han sido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del alto Tribunal que, salvo error por mi parte, ascienden a 53. El resto de las Salas, aunque no todas en la misma medida, lo han hecho bien esporádicamente, bien de forma realmente excepcional.

La Sala Segunda, salvo error por mi parte, solo ha planteado tres cuestiones de inconstitucionalidad, dos en la década de los ochenta del siglo pasado y la tercera, hace escasos días¹¹. Desde entonces, dicha Sala no ha vuelto cuestionar la hipotética inconstitucionalidad de norma legal alguna, ya sea sustantiva o procesal. También ha sido ciertamente anecdótica la apertura del trámite del art. 35 LOTC por parte de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Salvo error por mi parte, entre los años 1982 y 2023 solo en dos ocasiones dicha Sala ha acudido al Tribunal Constitucional a cuestionar la adecuación de una ley a la Constitución¹². La Sala de lo Social ha presentado más cuestiones que las Salas Primera y Segunda, pero está muy lejos de alcanzar la frecuencia con la que la Sala Tercera ha activado este cauce que tiene por objeto el control de constitucionalidad de la ley. Dicha Sala ha interpuesto, salvo error por mi parte,

¹¹ Se trata de las CCII núms. 411-1982, 333-1983 y 6053-2024. Las dos primeras dieron lugar, respectivamente, a las sentencias SSTC 76/1982 y 25/1984. La tercera, en relación con el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, por posible vulneración de los artículos 9.3, 14 y subsidiariamente, 117.3 CE, fue admitida a trámite hace escasos días.

¹² Se trata de la CI núm. 1595-2016, que dio lugar a la STC 99/2019, de 18 de julio, parcialmente estimatoria. La otra cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala Primera del Tribunal Supremo se encuentra pendiente de sentencia. En efecto, El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de marzo de 2023, ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 899-2023 planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en el recurso de casación núm. 8870-2021, en relación con el artículo 92.7 del Código Civil, por posible vulneración de los arts. 10.1 y 39 CE, y de los arts. 8 CEDH, 24.2 CDFUE y 3.1 de la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, aplicables conforme al art. 10.2 CE, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 c) LOTC, reservar para sí el conocimiento de la presente cuestión (BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2023, p. 38619).

7 cuestiones, de las cuales una fue inadmitida por pérdida de objeto y las 6 restantes resueltas en el fondo¹³.

Seguramente las razones a las que obedecen los anteriores datos responden a un sinnúmero de causas. La más evidente es que, aunque con carácter general y en comparación con otros órganos judiciales, son muy pocos los casos en los que el Tribunal Supremo conoce en única instancia, es su Sala Tercera la que, con diferencia, más asuntos de esta clase está llamada a resolver¹⁴. Y, salvo que los problemas de constitucionalidad se refieran a la ordenación de las sucesivas instancias judiciales, suele ser en la primera en la que ya se puede advertir si la ley aplicable al caso podría ser, en hipótesis, contraria a la Constitución¹⁵. Ahora bien, lo que se acaba de apuntar respecto de la primera instancia no implica que el modo en que se ordene el sistema impugnativo pueda influir de forma determinante para situar al Tribunal Supremo en una posición privilegiada a la hora, no solo de revisar las razones por las que los órganos judiciales inferiores rechazan plantear una cuestión de inconstitucionalidad, sino también de promoverla él mismo.

Quizás este incremento en el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad por parte de la Sala Tercera en los últimos se deba también y en alguna medida a la reforma del recurso de casación llevada a cabo por la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, que sustituyó el sistema de

¹³ Las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por la Sala de lo Social han dado lugar a los siguientes pronunciamientos del TC: CI 222-1982 que dio lugar a la STC 3/1983; CI 409-1982 que fue resuelta mediante el ATC 264/1983 por la que se inadmitió la cuestión interpuesta debido a la pérdida de objeto como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la ley cuestionada en la STC 3/1983; CI 176/2006, resuelta por la STC 22/2010; CI 932-2012 que dio lugar a la STC 40/2014; CI 7477-2014 resuelta por el Tribunal en la STC 143/2015; CI 3361-2012 que dio lugar a la STC 156/2014; y, por último, CI 3178-2016 resuelta en la STC 164/2016.

¹⁴ La afirmación contenida en el texto principal es el resultado del examen de la estadística judicial referida al Tribunal Supremo, que puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www6.poderjudicial.es/PxWeb2023v1/pxweb/es/01.-Tribunal%20Supremo/01.-Tribunal%20Supremo/>

¹⁵ La regulación en todos los órdenes jurisdiccionales de los presupuestos de admisibilidad del recurso de casación permite afirmar que las partes no pueden plantear *per saltum* al Tribunal Supremo cuestiones jurídicas que no se han discutido en la anterior instancia. Por ello, parece claro que, si en la instancia anterior a la casacional —sea la segunda o la primera— no se puso en duda la posible inconstitucionalidad de la ley, no puede la parte suscitar dicha duda en el juicio casacional. Otra cosa es, naturalmente, que sea el órgano judicial el que advierta la incompatibilidad de la ley con la Constitución y la ponga de manifiesto a las partes con el objeto de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

En el caso del acceso al recurso de apelación no cabe extraer la misma conclusión que en el caso de la casación respecto a la posibilidad de que sean las partes las que alerten al órgano judicial de la posible inconstitucionalidad de la ley ya que, tal y como ha señalado Andrés de la Oliva Santos (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con Ignacio Díez-Picazo Giménez, Jaime Vegas Torres y Julio Banacloche Palao, Madrid, 2001, p. 788), no es del todo exacto definir nuestra segunda instancia como una *revisio prioris instantiae*: «[...] suele decirse que nuestra segunda instancia es una *revisio prioris instantiae* (revisión de la anterior instancia), más que un *novum iudicium* (nuevo juicio). Este modo de hablar es aceptable en cuanto subraya que ni el caso puede plantearse de modo sustancialmente distinto, ni procede, como regla, una nueva actividad probatoria. Sin embargo, la expresión *revisio prioris instantiae* no deja de resultar en cierto modo inexacta. Porque, ante todo, es innegable que segunda instancia civil se configura para que haya un nuevo juicio, que puede contener “novedades” tanto respecto a la reconstrucción de los hechos como en la aplicación del Derecho».

admisión de carácter reglado de dicho medio de impugnación, basado principalmente en la cuantía del pleito, por otro que pivota exclusivamente sobre el concepto de interés casacional objetivo. Este nuevo diseño ha permitido que accedan al Tribunal Supremo materias que, en el anterior modelo, precisamente por no superar la *suma gravaminis* para el acceso al recurso —de 600.000 euros—, era imposible que fueran conocidos por la máxima instancia judicial¹⁶. Como es sabido, en la actualidad el acceso al recurso de casación se formula en términos prácticamente universales, ampliando considerablemente las resoluciones que, *prima facie*, pueden ser objeto de recurso de casación con el fin de procurar que todo asunto que tenga interés casacional objetivo pueda acceder al Tribunal Supremo (arts. 86 y 87 LJCA). A lo anterior hay que añadir que una de las causas establecidas legalmente que podría dar lugar a que el recurso tuviera interés casacional objetivo es que se «resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida» [art. 88.2.d) LJCA]¹⁷. Esta regulación permite que la más alta instancia judicial en el orden contencioso-administrativo revise la decisión del juez *a quo* de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad —ya sea en relación con una ley estatal o autonómica¹⁸— cuando el debate en el proceso ha versado, precisamente, sobre la posible inconstitucionalidad de la norma con rango de ley que da cobertura a la actuación administrativa impugnada (STC 133/2022)¹⁹.

¹⁶ Esta regulación, limitando el acceso a la casación mediante la *suma gravaminis*, tenía por objeto no saturar la Sala Tercera del Tribunal Supremo y así evitar también la existencia de jurisprudencia contradictoria en el sentido indicado por Michele Taruffo («La función de las Cortes Supremas», *Páginas sobre Justicia Civil*, Marcial Pons, 2009, p. 103), que consideraba a la jurisprudencia de la Corte Casacional italiana un conjunto excesivo, desordenado y a menudo incoherente de sentencias en el que, como sucede con los centros comerciales, cada uno puede encontrar lo que le sirve.

Dicha ordenación de la casación, que pivotaba principalmente sobre un criterio que toma principalmente en consideración los intereses del *ius litigatoris*, posibilitó que la Sala Tercera del Tribunal Supremo tuviera una entrada muy razonable de asuntos que le permitía resolverlos en torno a un año desde su interposición; sin embargo, dicho modelo de admisión impedía que el Tribunal Supremo pudiera pronunciarse sobre muchos sectores del ordenamiento jurídico respecto de los que tenían la última palabra los Tribunales Superiores de Justicia.

¹⁷ Según la jurisprudencia, dicha causa que podría ser dadora de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia no puede invocarse cuando el recurrente pretenda, al margen de lo acaecido ante el órgano judicial a quo, poner en cuestión la constitucionalidad de la ley. Solo se admite la invocación del motivo cuando: i) que en la instancia se produjo debate acerca de la adecuación de la ley a la Constitución; ii) que existan dudas fundadas sobre el carácter inconstitucional de la norma legal; iii) es carga del recurrente argumentar sobre estas cuestiones en el escrito de preparación del recurso de casación.

¹⁸ Como se expondrá más adelante, aunque la Sala Tercera del Tribunal Supremo es competente para conocer del recurso de casación siempre que una norma estatal sea relevante y determinante para el fallo, no siempre ha considerado procedente la casación cuando el derecho emanado de las Comunidades Autónomas resultaba contrario a la Constitución.

¹⁹ El caso resuelto por la STC 133/2022 pone de relieve ambos extremos. Por un lado, que dicho asunto, por la cuantía del pleito —inferior a 130.000 euros— no hubiera podido acceder a la casación tal y como estaba regulada antes de 2015. Por otro, que tal y como se señala en los antecedentes de la sentencia, el Tribunal Supremo vinculó el interés casacional objetivo del asunto al juicio de constitucionalidad de la norma legal autonómica. Esta última circunstancia fue subrayada por una de las partes en el proceso consti-

De lo que antecede cabe derivar que el diseño del sistema impugnativo puede incidir de manera decisiva en cómo se desenvuelve el control de constitucionalidad incidental de la ley y, muy en particular, en las relaciones entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional que han sido analizadas por la doctrina a partir, sobre todo, del funcionamiento del recurso de amparo y solo muy esporádicamente mirando a la cuestión de inconstitucionalidad. Aunque desde la perspectiva del interés del litigante es difícil encontrar ventajas en la objetivación —valga la expresión— tanto del recurso de amparo como de la casación, en especial cuando el motivo del recurso lo constituyen fundadas quejas de vicios *in procedendo* o infracciones *in iudicando de iure* que desconocen, de forma aislada y no contumaz, una jurisprudencia ya asentada, infracciones estas que carecen tanto de interés casacional objetivo como de especial trascendencia constitucional, no parece que ocurra lo mismo desde la perspectiva del control incidental de la ley. Sin duda, esta suerte de objetivación de la casación parece favorecer un mayor protagonismo del Tribunal Supremo en el control incidental de la ley.

Por otra parte, creo que también ha sido decisivo en el incremento de las cuestiones de inconstitucionalidad que se han promovido por la Sala Tercera del Tribunal Supremo el cambio de jurisprudencia en relación con el alcance del control casacional del Derecho emanado de las Comunidades Autónomas. Debido a que la casación de la que conoce el Tribunal Supremo solo procede cuando se haya infringido el Derecho estatal o el de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado (art. 86.3 LJCA), el mencionado Tribunal no siempre ha interpretado tal requisito de la misma forma cuando la norma estatal que se invoca como infringida es la Constitución y la norma que la violenta es una disposición autonómica. En la década de los noventa del siglo pasado, el Tribunal Supremo estableció que no procedía el recurso de casación en aquellos casos en los que invocaban como vulnerados los arts. 9.3 o 25.1 CE como consecuencia de que los reglamentos autonómicos no se acomodaban a lo dispuesto en las leyes —también autonómicas— que desarrollaban, vaciando así de contenido lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ²⁰. Esta jurisprudencia llevó a que en los supuestos en los que se pretendía la declaración de nulidad de un reglamento autonómico por contener normas sancionadoras sin cobertura legal —con vulneración de lo dispuesto en el art. 25 CE— fueran *per saltum* al amparo sin haberse interpuesto previamente el correspondiente recurso de casación²¹. En la actualidad dicha doctrina afortunadamente está superada y el Tribunal Supremo admite en esos casos la procedencia del recurso de casación. Como consecuencia de ello, parte de las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo tienen por objeto normas con rango de ley emanadas de las Comunidades Autónomas²².

tucional como una causa que debía llevar aparejada la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad dado que supone que la casación misma esté orientada a la depuración del ordenamiento jurídico. No obstante, dicho planteamiento no fue acogido por el Tribunal Constitucional.

²⁰ Pueden verse en este sentido las SSTs de 23 de noviembre de 1994, 24 de enero de 1996 y 11 de diciembre de 2000.

²¹ *Vid.*, entre otras, SSTC 22/2022 y 232/2006.

²² Las sentencias que se citan a continuación, entre otras, se han dictado en procesos constitucionales en los que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha cuestionado la constitucionalidad de normas legales

IV. Algunas consideraciones sobre los requisitos de admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad

El art. 35 LOTC regula las condiciones que deben darse en el proceso judicial para que los órganos judiciales puedan plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Las razones a las que responde tal previsión legal son de diversa índole. Por un lado, dicha exigencia trata de evitar que la cuestión opere como un mecanismo encaminado a la depuración abstracta del ordenamiento jurídico, función esta que no le corresponde, y que la Constitución reserva al recurso de inconstitucionalidad, cuya interposición está limitada a determinados sujetos que, además, ostentan una posición institucional distinta por completo a la de los órganos judiciales (SSTC 17/1981, 6/2010, 20/2012, 18/2014, entre muchas otras). Por otro lado, la inclusión en la Constitución del derecho fundamental a no sufrir dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), obliga a que la suspensión del procedimiento judicial que lleva aparejado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad solo sea tolerable si se dan las condiciones procesales para su promoción. O, dicho de otro modo, podría ser contraria al art. 24.2 CE la dilación sufrida en un proceso judicial como consecuencia de su suspensión por el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de una norma legal que carece por completo de aplicabilidad y relevancia en el proceso judicial²³.

Con la intención de evitar que la cuestión de inconstitucionalidad sea utilizada con fines ajenos a los previstos constitucionalmente, el art. 37 LOTC establece la posibilidad de que, *ab initio*, el Tribunal pueda inadmitir a trámite la cuestión por no cumplir con los requisitos de admisibilidad, lo que ha dado lugar a la creación de un amplio corpus doctrinal referido a las condiciones de procedibilidad que, como es lógico, no ha permanecido inmutable en el tiempo. En las siguientes páginas se examinará la interpretación que el Tribunal ha llevado a cabo de tres requisitos de admisibilidad que, a mi modo de ver, requieren algún comentario, y que se refieren al momento del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, a la forma simultánea y no sucesiva en que ha de llevarse a cabo el trámite de audiencia a las partes en el proceso judicial *a quo* y, por último, a la exigencia de motivación del juicio de relevancia en el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

A) EL MOMENTO DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La redacción original del art. 35.2 LOTC establecía que el órgano judicial únicamente podía plantear la cuestión de constitucionalidad una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia. La modificación del mencionado precepto por

emanadas de las Comunidades Autónomas: SSTC 117/2011, 137/2013, 84/2014, 235/2015, 25/2016, 86/2016, 19/2022.

²³ Como ha subrayado Jiménez Campo («Sobre la cuestión de inconstitucionalidad», *op. cit.*, p. 99) la relevancia no ha de ser siempre un supuesto de prejudicialidad constitucional dado que, como ya se ha expuesto anteriormente, el origen del proceso judicial puede venir motivado precisamente para hacer valer la inconstitucionalidad de la ley.

la LO 6/2007, de 24 de mayo, que consistió en añadir el inciso «o la resolución que procediese», no hizo más que incorporar a la Ley una interpretación, finalista y flexible, que el propio Tribunal realizó desde el inicio de su andadura, permitiendo el planteamiento de la cuestión respecto de una norma legal de cuya validez dependiera el dictado de la resolución judicial decisoria —ya sea de la pieza principal, incidental o de ejecución— y con independencia que esta adoptara la forma de sentencia o de auto.

Si bien el debate doctrinal sobre el momento idóneo o preciso para plantear la cuestión de inconstitucionalidad se ha centrado, sobre todo, en el examen de aquellos supuestos en los que la cuestión se formula por el órgano judicial de forma prematura o anticipada, esto es, antes del trámite inmediatamente anterior a «fallar», entendiendo por tal lo que se acaba de exponer, son pocos los trabajos —quizá por la infrecuencia del supuesto— que han tomado en consideración los criterios manejados por el Tribunal Constitucional para inadmitirla precisamente porque el órgano judicial ya había aplicado la norma legal luego cuestionada, privando así a la cuestión de la utilidad que es inherente a su propia naturaleza jurídica. Anticipo ya que solo me ocuparé en las siguientes líneas de esta segunda cuestión.

A mi modo de ver, una interpretación finalista de los arts. 163 CE y 35 LOTC debería llevar a que solo se inadmitieran por intempestivas aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que se plantearan una vez que el órgano judicial hubiera dictado ya, de forma irrevocable, la resolución aplicativa de la ley que el órgano judicial considerara luego contraria a la Constitución, de modo tal que la sentencia que en su día dictara el Tribunal Constitucional careciera de toda relevancia para la resolución del pleito en el que aquella se promovió²⁴. Y lo anterior con independencia de que la ley que se cuestione sea procesal o sustantiva. Sin ánimo de agotar aquí todas las hipótesis que podrían plantearse, tal tesis debería llevar a que, aún en el caso de que el órgano judicial hubiera aplicado la norma legal, pero revocara posteriormente esa primera resolución —bien de oficio o a instancia de parte por haber interpuesto los recursos o medios de impugnación procedentes— debería considerarse tempestivamente planteada la cuestión de inconstitucionalidad (STC 70/2022, FJ 4)²⁵. Tampoco podría inadmitirse una cuestión de inconstitucional con el argumento de que la norma legal se hubiera aplicado ya en una ocasión en el curso del proceso si, pese a ello, dicha norma siguiera gozando de la relevancia exigida en el art. 35 LOTC (ATC 35/2013, FJ 3)²⁶.

²⁴ Tal es lo que sucedió, entre otros, en los casos que dieron lugar a los AATC 313/1996 y 184/2009 en los que solo tras dictar la resolución que ponía fin al proceso, se elevó la cuestión de inconstitucionalidad.

²⁵ En la STC 70/2022, FJ 4, se resolvió que no concurría la causa de inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad opuesta por el abogado del Estado consistente en que el órgano judicial ya había aplicado la norma legal cuya conformidad a la Constitución se puso posteriormente en duda. Entre otras consideraciones a las que se hará referencia en el texto principal, el Tribunal entendió que no concurría dicha causa de inadmisibilidad debido a que, si bien el órgano judicial aplicó en un primer momento la ley, los recursos de reposición interpuestos por las partes contra dicho acto aplicativo fueron estimados por el órgano judicial, impidiendo así que dicha resolución ganara firmeza.

²⁶ En dicho auto se considera que, a pesar de que el órgano judicial aplicó la ley antes de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, no procedía declarar la inadmisión de la cuestión toda vez que esta seguía siendo relevante «a efectos diversos a los ya resueltos» (FJ 3). En efecto, en el curso de un procedimiento de reclamación de paternidad no matrimonial respecto de un menor iniciada por el que se consideraba su pro-

Sin embargo, creo que el Tribunal no ha realizado lo que se podría llamar un escrutinio igual de estricto en todos los casos —que insisto, no son muchos— en los que se ha puesto en cuestión el carácter intempestivo —por extemporáneo— del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad como consecuencia de haber precedido un acto aplicativo de la misma en ese mismo proceso judicial. Para verificar tal tesis, no hay más remedio que descender a los casos en los que se ha planteado esta causa de inadmisibilidad.

Según se afirma en la reciente STC 70/2022, es en el ATC 313/1996 en el que se acordó por primera vez la inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad debido a que el órgano judicial que la promovió ya había aplicado previamente la ley cuestionada. Ahora bien, según la STC 70/2022, ya en el ATC 313/1996 se aclaró que dicha causa de inadmisibilidad solo puede apreciarse cuando «el tribunal *a quo* aplique la ley cuestionada “de tal modo que vacíe la cuestión de todo efecto o significado práctico dentro del proceso de origen”», esto es, que la sentencia que dictara en su día el Tribunal Constitucional careciera de relevancia en la resolución del proceso en el que la cuestión se promovió²⁷. El Tribunal afirmó en dicha STC 70/2022 que es necesario evitar la lectura de párrafos sueltos de las sentencias del Tribunal, sin tener en cuenta los hechos y el contexto en el que fueron dictados. Sin embargo, la firmeza de tales afirmaciones no ha sido tenido en cuenta en resoluciones posteriores, entre otras, en el ATC 669/2023, dictado solo unos meses después de aquella, en el que se ha inadmitido una cuestión de inconstitucionalidad, aunque en mi opinión los actos aplicativos que había llevado a cabo el juzgador no vaciaban la cuestión de inconstitucionalidad de todo efecto en el proceso²⁸.

genitor, se solicitó por este con base en lo dispuesto en la STC 273/2005, prueba pericial biológica para la determinación de la paternidad. Si bien el órgano judicial accedió en un primer momento a dicha petición de práctica de prueba biológica, resolvió finalmente no haber lugar a lo solicitado en virtud de lo dispuesto en el art. 71 del Fuero Nuevo de Navarra, según el cual los únicos que gozan de legitimación para iniciar dicho proceso son los hijos no matrimoniales, por lo que el actor carecería legitimación para promover el proceso e interesar la práctica de dicha prueba. Según el Tribunal Constitucional, el contenido de la norma que el órgano judicial consideraba contraria a la Constitución fue determinante «en dos momentos procesales bien distintos y con finalidades diferentes». Así, aunque el órgano judicial denegó la prueba pericial biológica aplicando la ley luego cuestionada, el Tribunal Constitucional no lo consideró motivo suficiente para inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad debido a que la norma legal seguía siendo decisiva, esto es, relevante, para fallar el fondo del asunto.

²⁷ Y es que una interpretación finalista del art. 36 LOTC, que ordena que el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad remita al TC el auto de planteamiento «con testimonio de los autos principales», posibilita que el órgano judicial pueda —e incluso deba en algunos casos— dictar resoluciones en dicho procedimiento y, de ahí, que los originales, tanto de la pieza principal como de las separadas en caso de haberlas, deben permanecer en la sede del órgano judicial mientras se sustancia la cuestión de inconstitucionalidad.

²⁸ El origen del ATC 669/2023 lo constituye una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en relación con un precepto de la Ley de Presupuestos Generales del Estado mediante el que se declaraba la utilidad pública e interés social de la expropiación de los derechos de ejecución de determinadas resoluciones jurisdiccionales dictadas por dicho órgano judicial referidas a la demolición de la Biblioteca Pública del Estado en Las Palmas de Gran Canaria, atendiendo a la titularidad pública del solar y de la construcción, a su calificación legal como bien de interés cultural y a su afectación a la preservación de la igualdad de todos los ciudadanos en las condiciones de acceso a la cultura y al derecho a la educación, a los efectos previstos en la Ley de 16 de diciembre de 1954 de expropiación forzosa.

No parece que sea discutible que la sola apertura, admisión, adopción de medidas cautelares y tramitación de un procedimiento judicial cuyo sentido del fallo depende de si resulta de aplicación una determinada disposición legal constituyen, en alguna medida, actos de aplicación de dicha ley²⁹. Sin embargo, dichas actuaciones judiciales no constituyen en modo alguno aplicaciones de la ley que podríamos tildar de definitivas o irreversibles si el órgano judicial no ha dictado aún la resolución que dirime de forma irreversible el asunto que se encuentra *sub judice*, esto es, la sentencia o la resolución que procediese. Es este, además, el único entendimiento cabal que se deriva del art. 35.2 LOTC cuando establece que el órgano judicial solo podrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia o la resolución jurisdiccional que procediese.

B) EN RELACIÓN CON EL CARÁCTER «SIMULTÁNEO Y COMÚN» DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA A LAS PARTES

El art. 35 LOTC establece que con carácter previo a que el órgano judicial adopte la decisión definitiva respecto al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, «oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de

Cuando se aprobó dicha ley, se encontraba en tramitación ante el citado TSJ un incidente de ejecución de la sentencia cuyos derechos de ejecución se habían expropiado mediante la mencionada ley. La administración solicitó por ello al TSJ de Canarias el archivo de dicho incidente de ejecución, accediendo el órgano judicial a tal pretensión y, en consecuencia, procediendo al archivo de las actuaciones. No obstante, la parte interpuso recurso de reposición frente a dicho auto alegando que hasta que no se iniciase el procedimiento de expropiación por parte de la Administración del Estado procedía seguir con los trámites para ejecutar la sentencia. Afirmó asimismo que, iniciado el expediente de expropiación, debía ser tutelado por la Sala en aplicación de los artículos 24 y 118 de la Constitución y los artículos 17 y 18 LOPJ. Dicho recurso fue impugnado por la abogacía del Estado y por el ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria. El TSJ dictó un nuevo auto revocando el archivo del incidente de ejecución y acordando que, a través de esa vía incidental y en aplicación del apartado 3 del artículo 105 LJCA, se determinaría la indemnización correspondiente. En consecuencia con lo resuelto, mediante providencia posterior se instó a la parte damnificada a presentar su reclamación indemnizatoria y, una vez presentada esta, se iniciaría en su caso la apertura de un período probatorio, audiencia a las partes y, una vez concluso el incidente, se resolvería lo que se procediese en derecho. Tras presentar la parte damnificada las alegaciones que estimó procedentes en cuanto a la indemnización por tal expropiación y realizada la práctica de la prueba documental solicitada, el TSJ dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que pudieran alegar sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad por considerar que la norma impugnada podría vulnerar los arts. 24.1, 117.3, 118 y 33 CE. En el auto de planteamiento, la Sala consideró que no había aplicado la ley, ya que se había limitado a abrir un trámite de conformidad con el art. 105 LJCA con la finalidad de que se discutiera la indemnización que procede a los damnificados y que es precisamente en el curso de dicho incidente, en el que surgen las dudas de inconstitucionalidad de la ley.

²⁹ Lo mismo cabe decir cuando tal sucesión de actuaciones judiciales se lleva a cabo a través de un incidente de ejecución, siendo esto lo que aconteció en el ATC 669/2023: en lugar de abrirse un nuevo procedimiento para enjuiciar los efectos del precepto de la Ley de Presupuestos Generales del Estado por el que se expropiaron los derechos de ejecución de las resoluciones judiciales, el órgano judicial consideró que resultaba idóneo realizar dicho enjuiciamiento en el propio incidente de ejecución y, antes de que este concluyera mediante el dictado de la resolución correspondiente, cuestionó ante el Tribunal Constitucional la ley que necesariamente tenía que aplicar.

10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de esta». Como consecuencia de la exigencia legal —que se acaba de transcribir— de que el trámite de audiencia sea común para las partes y para el Ministerio Fiscal, el Tribunal Constitucional, en coherencia con dicha previsión, verifica si dicho trámite se ha llevado a cabo de forma simultánea a todas las partes del proceso o, por el contrario, de forma sucesiva. Sin embargo, como se verá a continuación, ha establecido un criterio interpretativo que es harto discutible y que, a mi modo de ver, sería conveniente que el Tribunal rectificara.

En mi opinión, la exigencia legal de que el trámite sea simultáneo y no sucesivo responde a dos finalidades: i) evitar toda dilación innecesaria del proceso judicial en el que el órgano judicial advierte que puede existir una falta de acomodo de la ley que debe aplicar a la Constitución; ii) no someter a contradicción en el proceso lo alegado por las partes en cuanto a la conveniencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad. Esta segunda finalidad es coherente con el hecho de que el auto por el que se decide plantear cuestión de inconstitucionalidad es irrecurrible.

Sin embargo, según la jurisprudencia constitucional tal exigencia tiene el sentido de que las partes «respondan, sin conocer las argumentaciones de las otras, a las opiniones que sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad les someta el órgano judicial» (ATC 122/2016, FJ 3)³⁰. No creo, sin embargo, que esta sea una finalidad plausible, por lo que debería rectificarse la doctrina en relación con este extremo.

En primer lugar, conviene poner de relieve que el hecho de que las partes se pronuncien de forma simultánea no impide que tengan conocimiento de lo que el resto de las partes personadas en el proceso consideran acerca de la conveniencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad. Como ya se ha dicho con anterioridad, no es infrecuente que la estimación de una determinada pretensión instada en un proceso judicial exija que el actor interese ya en la demanda que el órgano judicial plantee una cuestión de inconstitucionalidad. A mi modo de ver, resulta indiscutible que tal solicitud no puede prohibirse o considerarse una pretensión no amparada por el art. 24.1 CE con el argumento de que tal forma de razonar anticiparía lo que una de las partes va a alegar de abrirse por el órgano judicial el trámite al que se refiere el art. 35 LOTC³¹. Por otro lado, tampoco es infrecuente que un mismo o diferentes órganos judiciales presenten varias cuestiones de inconstitucionalidad en relación con la misma norma en momentos diversos, permitiendo conocer a futuros litigantes los argumentos aducidos por el Ministerio Fiscal, por la Abogacía del Estado o por las partes personadas en aquellos procesos en relación con la posible inconstitucionalidad de la ley, pudiendo estos reproducirlos cuando sean emplazados por el órgano judicial para dar cumpli-

³⁰ En el mismo sentido *vid.* AATC 299/2005 y 127/2008. En el primero de ellos se afirma que tal forma de proceder no respeta ni la letra ni el espíritu del art. 35 LOTC, siendo este último —el espíritu— el de que las partes respondan a dicho trámite sin conocer las argumentaciones que sostienen cada una de ellas sobre el particular.

³¹ *Vid.*, este sentido, Javier Jiménez Campo, «Sobre la cuestión de inconstitucionalidad», *op. cit.*, p. 93, cuando afirma que la cuestión de inconstitucionalidad «está abierta, frente a la ley, a todo aquel que defienda su derecho a la jurisdicción, a cualquier justiciable».

miento a lo previsto en el art. 35 LOTC. Cabe sostener incluso que, aun en el caso de que la finalidad de que el trámite de audiencia simultáneo tuviera por objeto evitar que las partes conocieran los criterios que cada una de ellas va a sostener en el proceso acerca de la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sería imposible asegurar su cumplimiento, ya que no hay precepto alguno que impida que las partes se comuniquen e incluso pacten sus estrategias de defensa. En mi opinión, en modo alguno podría el Tribunal inadmitir a trámite una cuestión de inconstitucionalidad con el argumento de que se ha constatado la hipótesis que se acaba de plantear. Además de lo anterior, tal interpretación del art. 35 LOTC podría ser contraria al derecho que tienen las partes a acceder a las actuaciones.

Al margen de lo anterior, y creo que este argumento es esencial, el hecho de no otorgar de forma simultánea el trámite de audiencia no puede llevar acarreada la consecuencia jurídica de que el órgano judicial se vea obligado a aplicar una ley que considera inconstitucional. Desde luego, no parece que esto sea lo que se deriva del tenor literal del art. 35 LOTC, y mucho menos de nuestro sistema de control de constitucionalidad, en el que el juez tiene vedada la posibilidad de inaplicar la ley postconstitucional que considera contraria a la Constitución. Carece de sentido que el órgano judicial no tenga más opción que aplicar la ley inconstitucional por haber incurrido en un defecto a la hora de oír a las partes en un trámite por muy esencial que este resulte. Como ya he apuntado, creo que una de las finalidades plausibles a las que responde la previsión legal de que el trámite de audiencia sea común (y por ello, simultáneo y no sucesivo) está estrechamente vinculada a que no se produzcan dilaciones indebidas en el curso del proceso. De ahí que deba ser este el criterio que deba tenerse en cuenta por el Tribunal a la hora de considerar si el incumplimiento de otorgar de forma simultánea el trámite de audiencia debe considerarse o no subsanable.

Desde luego, si la finalidad de la exigencia legal de la simultaneidad fuera la indicada por el Tribunal, esto es, evitar que las partes conozcan lo que van a alegar en relación con la procedencia o no de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, es patente que, una vez soslayada esa exigencia y desvelados de forma sucesiva los argumentos de las partes, el defecto sería insubsanable, pues no hay forma de esconder lo que ya se ha hecho público. Ahora bien, el Tribunal sí ha considerado subsanable dicho defecto, lo cual pone de relieve que, en realidad, dicha exigencia no responde a la finalidad a la que se alude en su doctrina³². Por ello, no tiene ningún sentido que una vez que el Tribunal verifica que se ha oído a todas las partes, aun de forma sucesiva y no simultánea, considere que se ha incumplido un requisito de procedibilidad y acuerde

³² Asimismo, el ATC 301/2023 no ha considerado causa de inadmisión de la cuestión el traslado al Ministerio Fiscal para «informe» de lo alegado por las partes sobre la conveniencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad. Tras llevarse a cabo el emplazamiento judicial simultáneo tanto a las partes como al Ministerio Fiscal y ante la falta de respuesta de este último, el órgano judicial acordó emplazarlo de nuevo para emitir el correspondiente informe, facilitándole copia de lo alegado por el resto de las partes en relación con el motivo del emplazamiento. El Tribunal Constitucional ha afirmado en dicho auto que tal forma de actuar constituye un mero defecto procedimental que no debe llevar aparejada la inadmisión de la cuestión. Resulta patente que tal forma de resolver no es coherente con la finalidad a la que, según el Tribunal, responde la exigencia de que el trámite de audiencia se lleve a cabo de forma simultánea.

por ello la inadmisión de la cuestión, ya que las consecuencias de tal forma de actuar son, únicamente, dilatar la tramitación del proceso que se ventila ante el órgano judicial *a quo*. En efecto, una vez inadmitida la cuestión de inconstitucionalidad por esta causa, el órgano judicial puede subsanar el defecto, dando de nuevo trámite de audiencia a las partes (esta vez de forma simultánea) para que se pronuncien sobre la oportunidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad y, si se cumplen el resto de los requisitos de procedibilidad, puede ser admitida por el Tribunal Constitucional. A mi modo de ver, considerar que tal defecto se subsana inadmitiendo la cuestión y posibilitando que el órgano judicial vuelva a emplazar simultáneamente a las partes, constituye un formalismo enervante que dilata de forma innecesaria el proceso judicial, yendo así en contra de un de las finalidades previstas en el art. 35 LOTC cuando dispone que el trámite de audiencia sea común para todas las partes³³.

C) EN RELACIÓN CON LA EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN DEL JUICIO DE RELEVANCIA
EN EL AUTO DE PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Como ya se ha expuesto, la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad solo es procedente cuando se constata que la norma de cuya constitucionalidad se duda no solo es aplicable, sino que resulta además relevante para el fallo. Como es harto sabido, los llamados juicios de aplicabilidad y relevancia deben ser argumentados por el órgano judicial en el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y, sobre ellos, el Tribunal Constitucional ha de ejercer un control para enjuiciar su admisión a trámite. Sobre ambas cuestiones, la argumentación judicial de la relevancia de la duda de constitucionalidad y su control por el Tribunal Constitucional, han existido desde hace tiempo, además de posiciones doctrinales contrapuestas, pronunciamientos jurisprudenciales con variaciones significativas en cuanto a su alcance³⁴. Aunque no es posible analizar, siquiera sin entrar en detalles, la evolución del Tribunal respecto de esta cuestión, me centraré únicamente en subrayar cómo el Tribunal Constitucional ha extremado la exigencia de la argumentación judicial del juicio de relevancia referido al presupuesto o premisa de carácter fáctico de la aplicabilidad de la ley que se cuestiona. O expresado en otros términos, la exigencia de argumentación relativa a la cuestión

³³ El Tribunal Constitucional ha afirmado que el juicio sobre la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad debe inspirarse por un criterio antiformalista en atención al interés objetivo al que sirve. Así, por ejemplo, ha considerado que «no procede detener su curso [el de la cuestión de inconstitucionalidad] en atención a rigorisismos formales cuando, como en el presente caso, la duda de constitucionalidad es reconocible a la vista de lo que en el Auto de planteamiento se expresa» (STC 155/1987).

³⁴ Jiménez Campo («Sobre la cuestión de inconstitucionalidad», *op. cit.*, p. 106) ya puso de relieve las diversas líneas jurisprudenciales a propósito del alcance tanto de la argumentación del órgano judicial de la aplicabilidad y relevancia de la norma legal cuestionada, así como del control por parte del Tribunal Constitucional. Así, apunta que la doctrina del ATC 493/1986, que prevé la imposibilidad de iniciar este procedimiento constitucional sin despejar antes los problemas de legalidad planteados en el proceso, fue rectificada en su día por las SSTC 94/1986, 106, 11986, 127/1987, 221/1992 y 15/1994.

fáctica con la finalidad de poner de relieve que la norma de cuya constitucionalidad se duda es relevante para el fallo³⁵.

Si bien estoy de acuerdo con lo que Jiménez Campo denominó en su día como «principio de precedencia de legalidad»³⁶, según el cual el órgano judicial debe despejar los problemas de legalidad planteados³⁷ en el proceso judicial antes de formular la cuestión de inconstitucionalidad, pues solo entonces puede reconocerse su relevancia, creo que no se puede exigir al órgano judicial que argumente sobre las cuestiones fácticas, que constituyen en realidad el presupuesto de la aplicación de la norma legal cuestionada, como si de la sentencia se tratase. Las exigencias que se derivan del art. 24.1 CE, especialmente referidas a la motivación de las resoluciones judiciales, no pueden proyectarse sobre el auto por el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad. Lo contrario supondría anticipar el juicio con los problemas que de ello se derivan, sobre todo teniendo en cuenta que, como afirma el Tribunal en la mayoría de estos casos este debe ser provisional (AATC 71/2018, 9/2019, entre otras)³⁸. El Tribunal Constitucional debe atender al contexto en el que se produce la duda. Para ello cuenta con el testimonio de los autos principales dado que es obligación del órgano judicial enviar testimonio de estos junto al auto de planteamiento. Como apuntó en su día Jiménez Campo, no puede exigirse al órgano judicial que anticipe, sin reservas, todas las cuestiones de legalidad (entre las que incluyo la *quaestio facti*) referidas al fondo del asunto con la salvedad, naturalmente, del juicio de constitucionalidad³⁹.

Al margen de lo anterior, y esto es lo más importante, hay que llamar la atención acerca de que este escrutinio que realiza el Tribunal en la actualidad sigue conviviendo con una doctrina, no rectificada expresamente, que niega o desdice esta. Así, y entre otras, en la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la STC 50/2011, en la que el Abogado del Estado interesaba la inadmisión de la cuestión por no haber quedado despejada una cuestión fáctica, el Tribunal concluyó que dicha omisión no era razón suficiente para acoger tal pretensión toda vez que «cuando el órgano judicial decide plantear cuestión de inconstitucionalidad “en el momento que, con efectos preclusivos, establece el art. 35.2 de la LOTC, lo que está emitiendo es un juicio provisional que, debiendo estar fundado, sin embargo, no siempre es absolutamente definitivo acerca de la aplicabilidad de la norma legal cuestionada en el procedimiento del que dimana

³⁵ Si se examina la doctrina constitucional de los últimos años se aprecia que, en efecto, el Tribunal ha extremado la exigencia en el cumplimiento del principio de precedencia de la legalidad en cuanto a la fijación de los hechos se refiere, sin tomar siquiera en consideración el contexto en el que la duda se produce. Son muchos los supuestos que ilustran esta tendencia. Pueden verse, entre muchos otros los recientes AATC 83/2022, 301/2023, 526/2023, 667/2023 y 20/2024. El primero de ellos cuenta con un voto particular en el que se alude precisamente a esta cuestión.

³⁶ «Estudios sobre jurisdicción constitucional», *op. cit.*, p. 106.

³⁷ Entendiendo también por los de tal naturaleza los de carácter fáctico.

³⁸ Piénsese, por ejemplo, en una cuestión de inconstitucionalidad que se interpone en el seno de un proceso penal en el que el acusado ha alegado en su descargo cuestiones fácticas que, de verificarse su concurrencia, darían lugar a una sentencia absolutoria. Una cosa es, naturalmente que el órgano judicial no realice ninguna consideración sobre tal extremo en el auto de planteamiento de la cuestión y otra, muy distinta, que tenga que argumentar en dicho trámite como si del dictado de la sentencia se tratase.

³⁹ *Op. cit.*, p. 106.

la cuestión de inconstitucionalidad”» [STC 150/1992, de 19 de octubre, FJ 1, en el mismo sentido entre otras, STC 106/1990, de 6 de junio, FJ 3b), y ATC 14/1993, de 19 de enero]⁴⁰.

Lo realmente relevante y en lo que habría que profundizar es si estas dos doctrinas, evidentemente contrapuestas, conviven o, por el contrario, esta segunda ha sido abandonada por el Tribunal, lo cual podría explicar el alto índice de inadmisiones de las (pocas) cuestiones de inconstitucionalidad que se promueven. Esta cuestión, sin embargo, habrá que retomarla en otra ocasión.

⁴⁰ También puede verse en este sentido la STC 142/1990 según la cual «[s]ería prejuzgar indebidamente una decisión si esta jurisdicción constitucional, entrando en los hechos fundamentales, estableciera que se dan o no los requisitos que la pretensión ha de reunir para ser satisfecha».

LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO EN EL RECURSO DE AMPARO PARLAMENTARIO

HERMINIO LOSADA

Letrado del Tribunal Constitucional

*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation
des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*

Art. 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

I. Control constitucional del poder legislativo

Se ha recordado con acierto por Aragón Reyes¹ que la Constitución española de 1978 ha previsto un sistema de democracia parlamentaria conforme al modelo del «parlamentarismo racionalizado», dotando de una posición preminente al presidente del Gobierno, pero siempre desde la premisa de una democracia de consenso. Ahora bien, desde hace tiempo se viene constatando una deriva clara hacia un sistema de «parlamentarismo presidencialista» o de democracia mayoritaria de tendencia presidencialista, acompañada de una creciente erosión del principio de separación de poderes, con el agravante de que nuestro «presidencialismo» *de facto* ni siquiera tiene los frenos del modelo presidencialista por excelencia (el de los Estados Unidos de Norteamérica), basado en el fuerte contrapeso que al poder presidencial opone un parlamento que no está subordinado a ese poder. Un sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas propicia que el líder del partido que logra alcanzar la investidura como presidente del Gobierno no solo dirige el poder ejecutivo (que tiende a fagocitar al legislativo), sino que también intenta hacerlo con el poder legislativo, en el que la disciplina de partido se traslada a una férrea disciplina en el seno de los grupos parlamentarios. Y así, debilitado el parlamentarismo por la ineficacia práctica de los controles políticos a la actividad del Gobierno, sustentado por una mayoría parlamentaria heterogénea (con grupos que no tienen interés alguno en la estabilidad del sistema constitucional, antes bien todo lo contrario), se produce la nada sorprendente consecuencia de que el único control efectivo de las decisiones públicas sea el que realizan, en su respectivo ámbito jurisdiccional, los jueces y tribunales integrantes del poder judicial y el Tribunal Cons-

¹ Aragón Reyes, M.: «Sobre el significado actual del Parlamento y del control parlamentario: información parlamentaria y función de control», y «Sistema parlamentario, sistema presidencialista y dinámica entre los poderes del Estado», en *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª ed., Madrid, 2009, pp. 603-638.

titucional, como se viene observando desde hace tiempo entre nosotros. Si ese control deviene ineficaz, la separación de poderes se convertirá en un enunciado vacío.

El problema señalado se ha evidenciado de manera particularmente grave en relación con el control constitucional de las leyes y del procedimiento legislativo, singularmente con ocasión de proyectos legislativos que afectan a la propia arquitectura constitucional, a las instituciones básicas del Estado, a la garantía de los derechos individuales, o a los equilibrios mismos del sistema de distribución del poder y al principio de separación de poderes, principio político y jurídico que es consustancial a nuestro Estado social y democrático de Derecho, proclamado en el art. 1.1 de la Constitución (CE). Una democracia está en peligro de dejar de serlo cuando no hay contrapesos efectivos a los poderes Legislativo y Ejecutivo y surgen dudas legítimas en el ánimo de la ciudadanía sobre un control constitucional independiente e imparcial. En este ámbito se suscitan interrogantes acerca de las potestades cautelares que puede ejercer el Tribunal Constitucional en el ejercicio de su función jurisdiccional, en cuanto intérprete supremo de la Constitución y garante último del equilibrio de poderes constitucionalmente establecido, pues como ya advirtiera García Pelayo, el Tribunal Constitucional representa «la garantía constitucional sin la que no hay un verdadero Estado constitucional de Derecho»².

II. Sobre las potestades de suspensión cautelar del Tribunal Constitucional en relación con la actuación del poder legislativo

Como es sabido, el Tribunal Constitucional ha venido entendiendo hasta el presente que carece de potestades o poderes implícitos para suspender de oficio las leyes impugnadas en los procesos constitucionales, suspensión que solo se produce en los supuestos previstos expresamente en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), esto es, solo respecto de las leyes autonómicas cuando el presidente del Gobierno así lo solicite expresamente en su recurso de inconstitucionalidad (art. 161.2 CE y art. 30 LOTIC), en cuyo caso se producirá la suspensión automática de la vigencia y aplicación del precepto legal recurrido, sobre cuyo alzamiento o mantenimiento habrá de pronunciarse el Tribunal dentro del plazo máximo de cinco meses, sin perjuicio de que pueda acordar el levantamiento anticipado de la suspensión, a solicitud de la Comunidad Autónoma afectada.

De suerte que, según esa doctrina, si no media la solicitud expresa del presidente del Gobierno en el recurso de inconstitucionalidad no se producirá el efecto suspensivo, pues el Tribunal Constitucional carece de potestades o poderes implícitos para suspender de oficio las leyes impugnadas en los procesos constitucionales (así lo ha reiterado el Tribunal en AATC 462/1985, de 4 de julio, FJ Único, 141/1989, de 14 de marzo, FJ 2, 39/2002, de 12 de marzo, FJ 4, y 58/2006, de 15 de febrero, FJ 4, entre otros), suspensión que solo se produce en los supuestos previstos expresamente en la Consti-

² García Pelayo, M.: «El “status” del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, pp. 11-34.

tución y en la LOTC. Por consiguiente, conforme a esa interpretación, no cabe la suspensión de una ley estatal impugnada por un Gobierno o un Parlamento autonómico (por todos, AATC 229/2014, de 29 de septiembre, FFJJ 2 y 3, y 189/2023, de 18 de abril, FFJJ 3 y 4), y tampoco por el Defensor del Pueblo o cincuenta diputados o senadores (autos 90/2010, de 14 de julio, 132/2011, de 18 de octubre, y 267/2014, de 4 de noviembre).

Pese a lo anterior, no han faltado propuestas favorables a que el Tribunal Constitucional se replantee su doctrina en relación con sus poderes para suspender cautelarmente las leyes estatales impugnadas por quienes están legitimados para ello³. Y ciertamente existen buenas razones para ello. Pues, aunque de momento no sea afortunadamente el caso entre nosotros (aunque no falten signos más que alarmantes en los últimos tiempos, que denotan que nos deslizamos por una pendiente resbaladiza que puede derivar en una situación de grave deterioro de nuestro Estado de Derecho, difícil de revertir si no se corrige a tiempo), cabe recordar, como se ha hecho ya por autorizadas opiniones, que se han dado supuestos de Estados de Derecho desmantelados por obra del propio legislador, secundando al poder ejecutivo⁴.

En tal sentido, cabría entender que lo dispuesto en los arts. 161.2 CE y 30 LOTC no es obstáculo para sostener que el Tribunal Constitucional está facultado para suspender cautelarmente, de forma excepcional, la aplicación de los preceptos de una ley estatal impugnados en un recurso de inconstitucionalidad cuando así lo solicite el recurrente, ya sea este un Gobierno o un Parlamento de una Comunidad Autónoma, o bien el Defensor del Pueblo o cincuenta diputados o senadores, cuando aprecie que la pretensión de inconstitucionalidad no aparece *ictu oculi* desprovista de fundamento (*fumus boni iuris*) y, sobre todo, que la no suspensión del precepto legal impugnado durante la tramitación del recurso puede producir daños o perjuicios irreparables (*periculum in mora*) que atañen a un aspecto nuclear del Estado de Derecho. Que la presunción de legitimidad o validez de las leyes determine que la suspensión cautelar de leyes con ocasión de su impugnación en el recurso de inconstitucionalidad haya de tener carácter excepcional en todo caso no significa, por lógica, la exclusión de tal posibilidad.

Frente a la presunción de legitimidad constitucional de las leyes se alza la posición institucional del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución

³ Vid. Ahumada Ruiz, M.ª Á.: «Efectos procesales de la modificación legislativa de las leyes sometidas a control de constitucionalidad. La suspensión de leyes “presuntamente” inconstitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1991, pp. 159-186.

Asimismo, Losada González, H.: «La suspensión de leyes en los recursos de inconstitucionalidad», en *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, Rubio Llorente, F., Jiménez Campo, J., Solozábal Echavarría, J. J., Biglino Campos, P., y Gómez Montoro, Á. (coordinadores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 323-342.

También, Simón Yarza, F.: «Suspensión de la ley y recurso de inconstitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 129, 2023, pp. 79-115.

⁴ VV.AA.: «Democracia constitucional y régimen parlamentario», en *España: Democracia menguante*, Fundación Colegio Libre de Eméritos, Madrid, 2022, pp. 47-84.

Aragón Reyes, M.: «La degradación de nuestra democracia constitucional», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 110 (febrero 2024), pp. 40-43.

(art. 1.1 LOTC) y como garante de la primacía de esta mediante los procesos de declaración de inconstitucionalidad (art. 27.1 LOTC), lo que abona la tesis de que el Tribunal debería considerarse implícitamente facultado para acordar, ciertamente con carácter excepcional, la suspensión de la aplicación de una ley estatal impugnada en un recurso de inconstitucionalidad cuando así lo solicite el recurrente y el Tribunal aprecie la existencia de fundados indicios de que, en efecto, el precepto legal impugnado, cuya suspensión se interesa, puede ser inconstitucional (esto es, que la presunción constitucional de la ley resulte debilitada en el caso), y fundamentalmente, que la aplicación del precepto legal impugnado durante la pendencia del recurso de inconstitucionalidad, a la vista de la duración de este, pueda ocasionar perjuicios irreparables para los derechos fundamentales concernidos, las instituciones básicas del Estado o el principio de separación de poderes, consustancial al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE).

Esta es, justamente, la solución seguida por el Tribunal Constitucional federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*). Como se ha recordado por diversos autores, la Ley del *Bundesverfassungsgericht* prevé en el art. 32, dentro de las disposiciones generales sobre procedimiento, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional federal alemán regule con carácter transitorio una relación o una situación jurídica mediante disposiciones provisionales, siempre que lo exija el interés general, para evitar graves perjuicios, daño inminente u otro motivo importante. De aquí se ha inferido que esto implica que el Tribunal Constitucional alemán está facultado para acordar la suspensión de la aplicación de la ley cuando la ponderación jurídica de los intereses en juego así lo justifica, generalmente en los procedimientos de control de leyes, como garantía de la eficacia de la sentencia que finalmente se dice en el proceso principal.

Ahora bien, como se ha dicho, el Tribunal Constitucional español se mantiene firme hasta la fecha en excluir absolutamente la posibilidad de suspender la aplicación de las leyes estatales que han sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad. Un rechazo que se ha extendido también a los supuestos de recursos de amparo interpuestos contra decisiones adoptadas por los órganos de una cámara parlamentaria en un procedimiento que culmina con la aprobación de una ley o norma con rango de ley, cuya suspensión cautelar se interesa por los diputados o senadores recurrentes en amparo (en tal sentido, puede verse el ATC 131/2022, de 11 de octubre).

Esa posición jurisprudencial hace que cobre especial relevancia la posibilidad de que el Tribunal Constitucional acuerde la suspensión cautelar del procedimiento legislativo en el marco de un recurso de amparo parlamentario (art. 42 LOTC) que sea admitido a trámite, cuando la vulneración del derecho fundamental de participación política (art. 23.2 CE) de los diputados o senadores recurrentes resulte verosímil, y la continuidad de la tramitación de esa iniciativa legislativa, culminando en la aprobación de la ley de que se trate (cuya suspensión no podrá tener lugar ni en el marco de aquel recurso de amparo ni en el recurso de inconstitucionalidad que contra esa ley pueda plantearse, conforme a la consolidada doctrina constitucional al respecto), determine que el amparo pierda su finalidad tuitiva, y el trasfondo del asunto afecte a aspectos nucleares del Estado de Derecho. En estos casos singulares ha de entenderse que el Tribunal Constitucional está plenamente facultado, pues cuenta además con expresa

habilitación legal (art. 56.2 LOTC), para acordar, siempre con carácter excepcional, la suspensión del procedimiento legislativo, incluso en la propia resolución de admisión a trámite del recurso de amparo (art. 56.6 LOTC), con el objetivo de que el amparo no pierda su finalidad, es decir, que no se convierta en meramente ilusorio y no permita, por tanto, el pleno restablecimiento del derecho fundamental vulnerado. No debe obviarse que, como ha recordado J. Jiménez Campo, en nuestro ordenamiento jurídico un derecho fundamental es un derecho subjetivo creado por la Constitución y vinculante para todo poder público, incluido, muy en primer lugar, el poder legislativo. Los derechos fundamentales constituyen un límite al poder, particularmente el legislativo, y si una mayoría parlamentaria ocasional que desconoce o infringe, lejos de estar legitimada para ello por el argumento mayoritario, está revelando su abuso de poder, su intento de silenciar o excluir a la minoría⁵.

III. Los casos singulares de suspensión cautelar en el recurso de amparo parlamentario

Hasta la fecha el Tribunal Constitucional ha hecho uso de sus poderes cautelares en relación con procedimientos parlamentarios, con ocasión de la admisión a trámite de recursos de amparo del art. 42 LOTC, en dos supuestos muy cualificados, uno referido a la actuación de un Parlamento autonómico y otro a la actuación de las Cortes Generales. En ambos casos se trataba de episodios de graves quiebras del procedimiento parlamentario por parte de la mayoría susceptibles de afectar a la formación de la voluntad de la Cámara, a los derechos de la minoría y a los derechos de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante representantes, a lo que se añade que el trasfondo de ambos asuntos afectaba a cuestiones vertebrales del Estado de Derecho, lo que justificaba sin duda la decisión del Tribunal de acordar la suspensión cautelar del procedimiento parlamentario.

1. EL CASO DEL ATC 134/2017 (PARLAMENTO DE CATALUÑA)

En el primero de ellos, el Tribunal Constitucional, mediante ATC 134/2017, de 5 de octubre, admitió a trámite el recurso de amparo y acordó la suspensión cautelar *inaudita parte* del procedimiento parlamentario, en virtud del art. 56.6 LOTC, solicitada por los diputados recurrentes del grupo parlamentario socialista en el Parlamento de Cataluña, que alegaban que su derecho de participación política (art. 23.2 CE) había sido lesionado por el abuso de la mayoría independentista en dicha Cámara, al admitir la mesa del Parlamento la solicitud de convocatoria de pleno ordinario el día 9 de octubre de 2017, para que compareciese el presidente de la Generalitat de Cataluña con objeto de valorar los resultados del referéndum de autodeterminación del día 1 de octubre de 2017 y sus efectos (el recurso de amparo sería estimado por STC 46/2018,

⁵ Jiménez Campo, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 17-27.

de 26 de abril, al apreciar el Tribunal Constitucional que se vulneró el derecho de participación política de los diputados recurrentes, como consecuencia de la indebida admisión a trámite de una iniciativa parlamentaria que suponía la aplicación de una ley suspendida en su vigencia por el Tribunal y que conlleva la inconstitucional pretensión de alterar la condición y posición institucional del Parlamento de Cataluña).

Esa decisión del Tribunal Constitucional (que sería validada por cierto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2019) se inserta en el contexto de la grave crisis constitucional desatada por el Parlamento de Cataluña con una serie de actuaciones y resoluciones de esta Cámara, que comienzan con la resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015 (declarada inconstitucional y nula por el Tribunal Constitucional en sentencia 259/2015, de 2 de diciembre), y que culmina con los graves sucesos de septiembre y octubre de 2017, entre ellos, por lo que ahora importa, la tramitación y aprobación en ese Parlamento de las leyes denominadas «del referéndum de autodeterminación» y «de transitoriedad jurídica y fundacional de la República» (declaradas inconstitucionales y nulas por SSTC 114/2017, de 17 de octubre, y 124/2017, de 8 de noviembre, respectivamente). El Tribunal Constitucional apreció (además de los notorios vicios de inconstitucionalidad competenciales y sustantivos presentes en ambos textos legales) que en la tramitación parlamentaria de lo que terminaría siendo una y otra ley «se incurrió en muy graves quiebras del procedimiento legislativo, que afectaron sin duda a la formación de la voluntad de la Cámara, a los derechos de las minorías y a los derechos de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante representantes» [STC 114/2017, FJ 6 E), y STC 124/2017, FJ 6 d)].

No está de más recordar que contra la propuesta de resolución que luego se convertiría en la referida resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015 (finalmente anulada por el Tribunal Constitucional en su STC 259/2015), se interpusieron por los diputados en dicha Cámara del grupo Ciudadanos y por los electos por el Partido Popular, sendos recursos de amparo *ex art.* 42 LOTC, en los que se interesó expresamente la medida de suspensión cautelarísima, conforme al art. 56.6 LOTC, para evitar que la continuación del procedimiento parlamentario deparase la consumación de la vulneración de los derechos de participación política de los recurrentes. En los AATC 189/2015 y 190/2015, de 5 de noviembre, el Tribunal denegó la pretensión cautelar interesada en atención a las circunstancias del caso concreto, pero admitió sin duda que nuestro sistema de justicia constitucional posibilita, en aras de la preservación de la eficacia de un posible pronunciamiento estimatorio del recurso de amparo, la suspensión de la efectividad de los actos parlamentarios por razón de los cuales se reclame el amparo.

Por otra parte, conviene reparar en que la celeridad de la tramitación de las citadas iniciativas legislativas que dieron lugar a las leyes denominadas «del referéndum de autodeterminación» y «de transitoriedad jurídica y fundacional de la república» (la primera fue presentada, tramitada y aprobada en un mismo día, el 6 de septiembre de 2017; la segunda, fue presentada, tramitada y aprobada en dos días, entre el 7 y el 8 de septiembre de 2017) hacía muy difícil, si no imposible, en la práctica, que se hubiera podido acordar por el Tribunal Constitucional la suspensión del procedimiento legis-

lativo, ni siquiera al abrigo del art. 56.6 LOTC, en el marco de un recurso de amparo del art. 42 LOTC, para impedir la aprobación de tales leyes.

Con todo lo cierto es, en todo caso, que contra esas inconstitucionales quiebras del procedimiento legislativo en que incurrió el Parlamento de Cataluña se presentaron prontamente (el mismo 6 de septiembre de 2017 contra la tramitación de la ley «del referéndum de autodeterminación», y al día siguiente contra la tramitación de la ley «de transitoriedad jurídica y fundacional de la república») sendos recursos de amparo *ex* art. 42 LOTC por el grupo parlamentario socialista en dicha Cámara, en los que se solicitó expresamente la suspensión cautelar del procedimiento legislativo. Esa petición fue desestimada a la postre por el Tribunal Constitucional por pérdida de objeto, al constatar que el acto parlamentario impugnado ya había sido ejecutado plenamente, toda vez que los procedimientos legislativos cuya suspensión se solicitaba concluyeron con la aprobación de una y otra ley del Parlamento de Cataluña (ATC 128/2017, de 2 de octubre, FJ 2, y ATC 146/2017, de 13 de noviembre, FJ 2). Ambos recursos de amparo serían finalmente estimados por SSTC 10/2018, de 5 de febrero, y 17/2018, de 22 de febrero (con remisión a la fundamentación de las SSTC 114/2027 y 124/2017). Lo mismo sucedería, por cierto, en virtud de las SSTC 41/2019 y 42/2019, de 27 de marzo ambas, con los recursos de amparo interpuestos por el grupo parlamentario Ciutadans contra la tramitación de las mismas iniciativas que dieron lugar a las citadas leyes (en estos recursos de amparo, presentados bastante después incluso de que esas leyes fueran declaradas inconstitucionales y nulas por las SSTC 114/2027 y 124/2017, no se interesaba, lógicamente, la suspensión de las actuaciones parlamentarias impugnadas).

Como se ha dicho, las singulares circunstancias temporales que concurrieron en la tramitación y aprobación por el Parlamento de Cataluña de las leyes denominadas «del referéndum de autodeterminación» y «de transitoriedad jurídica y fundacional de la república» hacían extremadamente difícil que el Tribunal Constitucional hubiera podido acordar, ni siquiera por la vía de urgencia del art. 56.6 LOTC, la suspensión del procedimiento legislativo solicitada por los diputados del grupo parlamentario socialista antes de que se hubiera producido la aprobación de las referidas leyes. Por otra parte, la interposición de recurso de inconstitucionalidad por el presidente del Gobierno el 7 de septiembre de 2017 contra la ley «del referéndum de autodeterminación», invocando lo dispuesto en el art. 161.2 CE, determinó la suspensión de la ley impugnada desde esa misma fecha (providencia del Tribunal Constitucional de 7 de septiembre de 2017), y otro tanto sucedió en el caso de la ley «de transitoriedad jurídica y fundacional de la república» desde el 11 de septiembre de 2017, fecha de interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la misma por el presidente del Gobierno (providencia del Tribunal Constitucional de 12 de septiembre de 2017), lo que sin duda paliaba en gran medida la lesividad de la inconstitucional tramitación parlamentaria.

Pero no aparece aventurado sostener que, en unas circunstancias distintas, el cauce de suspensión cautelar urgente del art. 56.6 LOTC, en el marco de un recurso de amparo parlamentario (art. 42 LOTC) puede ser el instrumento idóneo para evitar el grave daño que para los derechos fundamentales concernidos y, a la postre, para el propio Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), supondrían aquellas

actuaciones de un Parlamento mediante las que este, pretendiendo «erigirse en fuente de legitimidad jurídica y política, hasta arrogarse la potestad de vulnerar el orden constitucional que sustenta su propia autoridad», como dijo el Tribunal Constitucional en otra ocasión (STC 259/2015, FJ 6), atropellase los derechos de participación política de la minoría en el marco de un procedimiento legislativo.

En efecto, cabe pensar en la hipótesis de que un Parlamento autonómico, como sucedió entonces en el caso del Parlamento de Cataluña, incurriera al tramitar una iniciativa legislativa en infracción absoluta y radical del procedimiento ordenado en el Reglamento de la Cámara, que afectase «a la formación de la voluntad de la Cámara, a los derechos de las minorías y a los derechos de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante representantes» [SSTC 114/2017, FJ 6 E), y 124/2017, FJ 6 d)], pero no se pudiera contar con la «válvula de seguridad» del recurso de inconstitucionalidad del presidente del Gobierno, porque este, por cálculo político o necesidad partidista (la hipótesis no es descabellada, a la vista de recientes acontecimientos que son notorios para todos), fuera renuente a impugnar, con invocación expresa del art. 161.2 CE y del art. 30 LOTC, la ley resultante de esa antijurídica tramitación parlamentaria. La petición, en el recurso de amparo parlamentario (art. 42 LOTC), de suspensión cautelar urgente del procedimiento legislativo *ex* art. 56.6 LOTC, que en efecto acordase con celeridad el Tribunal Constitucional al admitir a trámite el recurso de amparo, sería el remedio adecuado, en manos de las minorías parlamentarias, para evitar ese grave quebranto que la prosecución del procedimiento legislativo antijurídico podría suponer para los derechos fundamentales de participación política de los diputados recurrentes y, en definitiva, para el Estado social y democrático de Derecho.

No hay que olvidar en este sentido que la jurisprudencia constitucional ha puesto repetidamente de relieve (por todas, STC 115/2019, de 16 de octubre, FJ 3) la necesidad de asegurar el adecuado ejercicio de la función de representación política de las minorías parlamentarias en la oposición, pues el respeto a la posición y los derechos de las minorías actúa como elemento constitutivo del propio sistema, que legitima su propio funcionamiento, de suerte que sin respeto a los derechos de las minorías políticas no hay modo de preservar el pluralismo propio del Estado social y democrático de Derecho, propugnado por el art. 1.1 CE como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

En tal sentido tampoco debe olvidarse que el procedimiento legislativo está regido por los principios de participación, contradicción, publicidad y libre deliberación. Aunque la decisión final que dé lugar a la ley resultante de la iniciativa legislativa quede en manos de la mayoría parlamentaria, en el procedimiento de formación de la voluntad del Parlamento deben quedar plenamente garantizados los derechos de las minorías a la presentación de enmiendas y a la integridad del debate parlamentario. En consecuencia, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, se altera de forma sustancial el proceso de formación de la voluntad de las Cámaras «si se pone en tela de juicio la participación de las minorías en dicho procedimiento, lo que, a su vez, podría provocar un déficit democrático en el proceso de elaboración de la norma que eventualmente pudiera contradecir el valor del pluralismo político sobre el que se fundamenta el ordenamiento constitucional del Estado democrático y que debe presidir necesaria-

mente la tramitación de toda iniciativa legislativa (art. 1.1 CE)» (SSTC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 8; y 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 5).

La jurisprudencia constitucional nos recuerda asimismo que una de las formas (la principal, sin duda) en que la confrontación entre posiciones mayoritarias y minoritarias ha llegado a la jurisdicción constitucional ha sido a través del planteamiento de recursos de amparo parlamentarios (art. 42 LOTC), por parte de los diputados de las minorías, frente a las decisiones adoptadas por los órganos parlamentarios consideradas como restrictivas de los derechos de participación política de aquellos diputados.

Esa confrontación entre los diputados de la minoría y los diputados que integran la mayoría parlamentaria es la que ha estado presente en el Parlamento de Cataluña desde las elecciones autonómicas del 27 de septiembre de 2015, contexto político en el que se sitúa, como se ha señalado, el citado auto del Tribunal Constitucional 134/2017, de 5 de octubre, que admitió a trámite el recurso de amparo y acordó la suspensión cautelarísima del procedimiento parlamentario, en virtud del art. 56.6 LOTC, solicitada por los diputados recurrentes del grupo socialista, atento el Tribunal a garantizar los derechos fundamentales de participación política de las minorías en la Cámara autonómica frente a las agresiones a esos derechos por parte de la mayoría parlamentaria, en un asunto en el que, además, se hallaba en juego la propia arquitectura de nuestro Estado constitucional, como se ha dicho.

2. EL CASO DEL ATC 177/2022 (CORTES GENERALES)

El segundo episodio al que nos referimos también es sobradamente conocido y guarda estrecha relación con el aludido contexto de grave crisis constitucional originada en la Comunidad Autónoma de Cataluña. A la polémica decisión del Consejo de Ministros de indultar, el 22 de junio de 2021, a los políticos catalanes condenados por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la causa especial núm. 20907/2017 (coloquialmente conocida como «juicio del *procès*»), siguió la no menos controvertida decisión gubernamental de promover una reforma del Código Penal para eliminar el delito de sedición (sustituyéndolo por otro de desórdenes públicos agravados) y reducir la pena prevista para el delito de malversación de fondos públicos, con el propósito de rebajar el reproche penal por los hechos cometidos desde las instituciones catalanas los meses de septiembre y octubre de 2017 en abierta desobediencia a la Constitución y a las resoluciones del Tribunal Constitucional, recalificando como delito de desórdenes públicos lo que constituyó un gravísimo atentado al orden constitucional.

La mayoría parlamentaria que sustentaba al Gobierno de coalición en la XIV.^a legislatura, tras presentar el 11 de noviembre de 2022 en el Congreso de los Diputados una proposición de ley orgánica (no hacerlo el Gobierno mediante un proyecto de ley le permitía sortear las exigencias del art. 88 CE) para la transposición de distintas normas de la Unión Europea en materia penal y derogar el delito de sedición y rebajar la pena para el delito de malversación de caudales públicos, que la Mesa de la Cámara decidió tramitar por el procedimiento de urgencia, presentó dos enmiendas (núms. 61 y 62), admitidas inmediatamente por la Mesa de la Comisión de Justicia, cuya conexión

de homogeneidad con esa iniciativa legislativa brillaba por su ausencia. En efecto, pues mediante esas enmiendas se pretendía reformar las leyes orgánicas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional con el confesado propósito de que el Gobierno pudiera designar a los dos miembros de este Tribunal que le correspondían en su turno de renovación de este órgano constitucional (art. 159.1 CE y art. 16.1 LOTC), sin esperar a que el Consejo General del Poder Judicial (al que, por cierto, tras despojarle previamente de esa facultad mediante la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, por estar «en funciones», se le restituyó oportunamente la misma mediante la Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio) designase los dos suyos, para el caso de que la designación por parte del Consejo se demorase.

De esta suerte, la mayoría parlamentaria que sustentaba a la coalición gubernamental encadenó en el procedimiento legislativo una serie de actuaciones que dieron como resultado que en el procedimiento de formación de la voluntad de la Cámara no quedase garantizado el derecho de las minorías a la integridad del debate parlamentario⁶.

De entrada, la decisión de presentar la iniciativa mediante la fórmula de la proposición de ley de los grupos parlamentarios, y no mediante un proyecto de ley del ejecutivo, permitía eludir, como se ha apuntado, la exigencia de trámites previos de esta iniciativa legislativa (memoria de impacto normativo, informe del Consejo de Estado, informe del Consejo General del Poder Judicial, y audiencia a sujetos y sectores concernidos por la iniciativa). Aunque la jurisprudencia constitucional haya venido siendo deferente con la utilización de la proposición de ley por la mayoría parlamentaria que sustenta al ejecutivo (así, STC 153/2016, de 22 de septiembre), lo cierto es que en nuestro sistema parlamentario las proposiciones de ley deberían considerarse, en rigor, como una iniciativa legislativa pensada para su utilización no por la mayoría parlamentaria, sino por la minoría (por la oposición, si se prefiere). Precisamente por eso, el Gobierno puede controlarlas, o incluso vetarlas, en los supuestos previstos (arts. 84 y 134.6 CE y art. 126.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados). Es decir, la proposición de ley no debe ser el cauce a través del cual el Gobierno, por medio de su grupo parlamentario (o grupos parlamentarios, cuando se trata de un Gobierno de coalición), ejerza la iniciativa legislativa; se trataría de una iniciativa gubernamental disfrazada de iniciativa parlamentaria, lo que se acerca mucho a un fraude constitucional.

En segundo término, la referida iniciativa legislativa (que culminaría con la aprobación de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre) no se tramitó por el procedimiento ordinario, sino por el procedimiento de urgencia, que lleva aparejado que los plazos del procedimiento legislativo se reduzcan a la mitad, en detrimento de un debate parlamentario más sosegado, meditado y transparente, que la trascendencia del asunto y la envergadura de las reformas planteadas parece que aconsejaba.

Además, las enmiendas en cuestión fueron presentadas por la mayoría parlamentaria en el último momento antes del cierre del registro del Congreso y la Mesa de la Comisión de Justicia acordó su admisión en el día hábil siguiente (en contra, por cierto,

⁶ Ruiz Robledo, A.: «Crónica de una trampa legislativa revestida de crisis institucional», *Diario La Ley*, núm. 10205, 11 de enero de 2023.

del informe de los letrados de las Cortes Generales, que ponía de manifiesto que no procedía admitirlas, por contradecir la doctrina constitucional sobre la exigencia de homogeneidad material entre las enmiendas y la iniciativa legislativa que se pretende enmendar); instada la reconsideración de esa decisión por el principal grupo parlamentario de la oposición, el presidente de la Mesa de la Comisión de Justicia acordó el 13 de diciembre de 2022 no convocar la Mesa para resolver dicha consideración.

En fin, la aludida presentación de enmiendas por los grupos de la mayoría parlamentaria mediante las que se pretendía reformar las leyes orgánicas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional para facilitar la designación de los magistrados constitucionales del turno gubernamental, suponía presumiblemente una quiebra del procedimiento legislativo, dada la ausencia de conexión de homogeneidad de esas enmiendas con la iniciativa legislativa, referida a la modificación de la legislación penal (con el propósito principal, como se ha dicho, de sustituir el delito de sedición por el de desórdenes públicos agravados y reducir la pena prevista para el delito de malversación de caudales públicos, a fin de mejorar la situación penal de los condenados por el Tribunal Supremo en la llamada causa especial por los sucesos de septiembre y octubre de 2017).

La exigencia constitucional de relación de homogeneidad material que ha de existir entre las enmiendas y la iniciativa legislativa que se pretende modificar (SSTC 119/2011, de 5 de julio, 136/2011, de 13 de septiembre, y 172/2020, de 19 de noviembre) no parece que concurriera en el caso de las enmiendas en cuestión, que pretendían fraccionar la renovación del Tribunal Constitucional para hacerla por sextos, en contradicción con la exigencia de renovación por terceras partes, según el art. 159.3 CE, así como suprimir la garantía de que el Pleno del Tribunal [art. 2.1.g) LOTC] verificase la cualificación prevista en el art. 159.2 CE para ser magistrado constitucional (pues el Gobierno parecía temer que el Tribunal, en su composición entonces, no daría su conformidad a los dos magistrados elegidos por aquel). Pretendían también reducir la mayoría reforzada en el Consejo General del Poder Judicial para elegir a los magistrados constitucionales (de 3/5 a mayoría simple) si pasados tres meses desde que el Consejo tuviera que hacerlo no hubiera conseguido el acuerdo por el procedimiento normal, lo que no solo parece resultar contradictorio con la exigencia de mayorías reforzadas que el art. 159.1 CE establece respecto de los nombramientos a propuesta del Congreso de los Diputados y del Senado, sino también contrario al propio diseño constitucional: la reducción de esa mayoría haría innecesario el consenso y los vetos mutuos para la designación de candidatos a magistrado constitucional, consagrando, en la práctica, el reparto de miembros por cuotas políticas, de muy poca calidad democrática (por decir lo menos).

No es impertinente recordar que los medios de comunicación se hicieron eco de declaraciones políticas según las cuales la presentación de las controvertidas enmiendas por los grupos parlamentarios del Gobierno de coalición era una respuesta a la decisión del entonces presidente del Tribunal Constitucional de no convocar inmediatamente al Pleno del Tribunal, conforme al art. 2.1.g) LOTC, con el fin de verificar que los dos juristas elegidos por el Gobierno reunían la cualificación prevista en el art. 159.2 CE para ser magistrado constitucional, a la espera de que el Consejo General del Poder

Judicial designase los dos suyos. Se interpretaba que esa decisión pretendía demorar la renovación del Tribunal Constitucional.

Así las cosas, los diputados del principal grupo parlamentario de la oposición en el Congreso presentaron un recurso de amparo *ex* art. 42 LOTC el 14 de diciembre de 2022 contra la admisión a trámite de las enmiendas parciales núm. 61 y 62 a la referida proposición de Ley Orgánica mediante la que se pretendía reformar el Código Penal, por vulneración de su derecho al ejercicio del cargo representativo (art. 23.2 CE), en relación con el derecho de los ciudadanos a la representación política (art. 23.1 CE), y solicitaron la adopción de la medida cautelar *inaudita parte* de suspensión (art. 56.6 LOTC) de la tramitación parlamentaria de dichas enmiendas. En esa misma fecha, diputados de los grupos de la mayoría parlamentaria que sustentaba a la coalición gubernamental solicitaron personarse en el proceso constitucional, oponiéndose a la medida cautelar solicitada por los diputados recurrentes y recusando a dos de los magistrados del Tribunal de los cuatro que estaban llamados a cesar en el ejercicio de sus funciones por expiración del plazo (art. 159.3 CE).

Tras la interposición del recurso de amparo, el 15 de diciembre de 2022 el Pleno del Congreso aprobó por mayoría la referida proposición de Ley Orgánica, que incorporaba el texto resultante de las dos enmiendas en cuestión, remitiéndose inmediatamente la misma al Senado para que prosiguiese su tramitación parlamentaria.

Los recurrentes en amparo dirigieron entonces nuevo escrito al Tribunal Constitucional insistiendo en la necesidad de suspender la tramitación parlamentaria en lo que se refiere a los preceptos dimanantes de las enmiendas núm. 61 y 62, a la sazón ya incorporados al texto de la proposición de Ley Orgánica remitida al Senado, porque de otro modo se consumaría de forma absolutamente irreparable la vulneración de sus derechos fundamentales.

No es impertinente advertir que el pleno del Tribunal Constitucional convocado inicialmente para el día 15 de diciembre para resolver sobre la admisión a trámite del recurso de amparo y la solicitud de suspensión cautelar (parcial) del procedimiento legislativo, antes de el que Pleno del Congreso votase la proposición de Ley Orgánica con el texto resultante de las enmiendas controvertidas, fue aplazado para el siguiente 19 de diciembre, a petición de varios magistrados del Tribunal.

En fin, el pleno del Tribunal Constitucional, por mayoría de seis magistrados frente a cinco (que formularon votos particulares), acordó por auto 177/2022, de 19 de diciembre, la admisión a trámite del recurso de amparo interpuesto por los diputados del principal grupo parlamentario de la oposición en el Congreso, con suspensión cautelar, conforme al art. 56.6 LOTC, de la tramitación parlamentaria de los preceptos que modifican la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, introducidos en la referida proposición de Ley Orgánica aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 15 de diciembre de 2022 y que derivan de las enmiendas núms. 61 y 62. El Senado, Cámara en la que se estaba tramitando ya la iniciativa legislativa, impugnó la decisión del Tribunal Constitucional de acordar la suspensión cautelarísima, interesando que se dejara sin efecto a fin de posibilitar la debida tramitación parlamentaria en dicha Cámara de la proposición de ley orgánica en cuestión, pero el Tribunal, de nuevo por la misma ajustada mayoría, desestimó esa

pretensión del Senado mediante ATC 178/2022, de 21 de diciembre (de nuevo con cinco votos particulares), advirtiendo que la debida tramitación parlamentaria en el Senado de la proposición de Ley Orgánica aprobada por el Congreso se ha de producir con la excepción de las disposiciones suspendidas cautelarmente por el ATC 177/2022, de 19 de diciembre, como así lo había acordado ya la Comisión de Justicia del Senado a la vista de este auto, pues no se aprecia que concurren circunstancias sobrevenidas que aconsejen el levantamiento de la medida cautelar de suspensión adoptada por el Tribunal en esa resolución.

IV. Los fundamentos para acordar la suspensión del procedimiento legislativo en el ATC 177/2022

Como se ha dicho, el ATC 177/2022, de 19 de diciembre, acuerda (entre otros extremos que no vienen ahora al caso) la admisión a trámite del recurso de amparo, al apreciar el Tribunal que las vulneraciones de derechos fundamentales alegadas por los parlamentarios recurrentes no carecen *prima facie* de verosimilitud, atendiendo a la doctrina constitucional sobre el ejercicio del derecho de enmienda y la debida relación de homogeneidad que ha de existir entre las enmiendas y la iniciativa legislativa que se pretende modificar (SSTC 119/2011, de 5 de julio, 136/2011, de 13 de septiembre, y 172/2020, de 19 de noviembre), y asimismo que concurre en el recurso una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC). Pero lo más relevante, y controvertido (en el propio Tribunal incluso, pues el auto tiene cinco votos particulares, como ya se dijo), es que también se acuerda, conforme al art. 56.6 LOTC, la suspensión cautelar interesada de la tramitación parlamentaria de los preceptos introducidos en la proposición de Ley Orgánica ya aprobada por el Congreso que derivan de las enmiendas núms. 61 y 62, presentadas por los propios grupos de la mayoría parlamentaria autores de esa proposición de ley.

El Tribunal Constitucional se enfrentaba a un delicado dilema, pues si acordaba la suspensión cautelarísima interesada por los diputados recurrentes interrumpiría por vez primera en la historia constitucional española un procedimiento legislativo de las Cortes Generales (bien que limitado a unos preceptos concretos del texto legal en tramitación), pero si la denegaba no podría reparar de forma efectiva la más que verosímil vulneración del derecho fundamental de participación política (art. 23.2 CE) de los diputados recurrentes en amparo, pues para que ese recurso tuviera alguna eficacia real era necesaria la suspensión de la tramitación del texto resultante de las famosas enmiendas núms. 61 y 62. Por otra parte, esa suspensión parcial no impedía a los autores de las enmiendas presentar una nueva proposición de ley con el texto de estas, que a la vista de la celeridad con la que las Cortes Generales estaban tramitando la reforma penal en curso, era previsible que no tardara mucho más de un mes, o quizás menos, en aprobarse.

Así las cosas, el Tribunal se decantó por acordar la medida cautelar, al apreciar en su ATC 177/2022, FJ 10, que concurría «la urgencia excepcional a que se refiere el art. 56.6 LOTC, toda vez que, de no otorgarse la suspensión interesada, se produciría

un perjuicio de imposible o muy difícil reparación que haría perder su finalidad al recurso de amparo», pues la aprobación del texto legal con los preceptos resultantes de las controvertidas enmiendas núms. 61 y 62 «consumaría de manera irreversible la vulneración de derechos fundamentales alegados por los diputados recurrentes, de suerte que un eventual otorgamiento del amparo solo podría tener un alcance meramente declarativo, por completo desprovisto de eficacia reparadora, lo que equivale a su frustración». A ello se añade que «la medida cautelar adoptada no ocasiona una perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de terceros, pues la suspensión de la tramitación parlamentaria en el Senado de los preceptos que modifican la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, introducidos en la referida proposición de ley orgánica aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados en sesión celebrada el día 15 de diciembre de 2022 y que derivan de las citadas enmiendas núms. 61 y 62, a las que los recurrentes reprochan la lesión de sus derechos, no imposibilita que las Cortes Generales puedan utilizar los procedimientos legislativos previstos en los reglamentos de las Cámaras para dar cauce, dentro de los límites constitucionales, a las iniciativas legislativas que se pretenden plantear mediante las referidas enmiendas. El interés constitucional que exige la protección por parte de este tribunal es la vigencia de la Constitución en su totalidad».

Ciertamente ha de entenderse que concurrían en el caso los presupuestos previstos por el art. 56.2 y 56.6 LOTC de irreversibilidad del perjuicio y urgencia excepcional de la medida (requisitos que se hallan estrechamente conectados) para adoptar en el ATC 177/2022 la medida cautelar solicitada de suspensión del procedimiento legislativo en el concreto extremo referido a la tramitación de los textos dimanantes de las controvertidas enmiendas núms. 61 y 62.

En efecto, la excepcionalidad del caso se pone de manifiesto, ante todo, por la extraordinaria celeridad con la que se sucedieron los trámites parlamentarios tras la presentación de dichas enmiendas por los grupos de la mayoría, que determinó, como ser razona por extenso en el ATC 177/2022, FJ 8, detallando el elocuente el *iter* procedimental seguido, que los diputados de la minoría no dispusieran de un remedio efectivo en el ámbito parlamentario con el que hacer frente a la decisión de la Mesa de la Comisión de Justicia de admisión a trámite de las enmiendas núms. 61 y 62, actuación que consideraban lesiva de su derecho al ejercicio de las funciones representativas (art. 23.2 CE); de suerte que el recurso de amparo se revela como el único medio para alcanzar la tutela de ese derecho fundamental. Unas enmiendas que tenían por objeto la modificación de la forma de nombramiento de los magistrados constitucionales y afectaban a instituciones capitales para nuestro Estado de Derecho (Tribunal Constitucional y Consejo General del Poder Judicial), y que pretendían sustanciar en el trámite de una iniciativa legislativa totalmente diferente, de reforma del Código penal, lo que permite justificadamente dudar de que tales enmiendas poseyeran la inexcusable correlación material o lógica que debe existir con la iniciativa legislativa que se pretende enmendar, conforme a la doctrina constitucional (SSTC 119/2011, 136/2011 y 172/2020).

De este modo, la continuación de la tramitación de esa proposición de Ley orgánica de reforma del Código penal en el Senado con el texto que tenía su origen en las enmiendas núms. 61 y 62, cuyo objeto era modificar la forma de nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional, habría culminado la vulneración del derecho de participación política (art. 23.2 CE) de los diputados recurrentes, que ya no podría ser reparada de forma real y efectiva por una eventual estimación del recurso de amparo, por lo que este perdería su finalidad, que es el presupuesto necesario para que se pueda acordar la medida cautelar solicitada (art. 56.2 LOTC), como señala el ATC 177/2022. La lesión de ese derecho fundamental se habría consumado una vez aprobada la proposición de Ley orgánica, de modo que «el eventual otorgamiento del amparo tendría entonces una eficacia meramente declarativa, ya no reparadora».

Concurrían, pues, en el grave caso sometido al escrutinio del Tribunal Constitucional, los presupuestos de irreversibilidad del perjuicio (art. 56.2 LOTC) y de urgencia excepcional (art. 56.6 LOTC) para adoptar la medida cautelar de suspensión (parcial) del procedimiento legislativo solicitada por los diputados recurrentes en amparo, en un supuesto cuyo trasfondo afectaba a la composición y funciones de instituciones básicas de nuestro Estado constitucional.

Además, la medida cautelar de suspensión acordada por el ATC 177/2022 cumple el principio de proporcionalidad y no ocasiona perturbación para otros bienes jurídicos protegidos. El ATC 177/2022, FJ 9, reconoce, como no puede ser de otra forma, que el principio de autonomía parlamentaria y la inviolabilidad de las Cortes Generales constituyen desde luego bienes o intereses constitucionalmente legítimos que deben ser tenidos en cuenta en el juicio de proporcionalidad para valorar si procede adoptar la medida cautelar, pero no es menos cierto que «la centralidad de las Cortes Generales en nuestra democracia constitucional no comporta que puedan ejercer las funciones que les atribuye el art. 66 CE sin estricto respeto a la Norma Fundamental», pues en el Estado constitucional el principio democrático no puede desvincularse de la primacía incondicional de la Constitución.

Por eso, ante las circunstancias concurrentes, concluye el Tribunal que la medida de suspensión resulta adecuada para la preservación de la efectividad cautelar del derecho fundamental de participación política de los diputados recurrentes: es una medida idónea a la finalidad pretendida, dado que impide la consumación de la vulneración invocada mediante la aprobación definitiva de esa parte de la ley en tramitación; es necesaria, dado que no se atisba otra que resulte menos gravosa e igualmente eficaz; y es proporcionada *stricto sensu*, porque permite conciliar la continuación de la tramitación parlamentaria con la protección cautelar del derecho de participación política de los diputados recurrentes, los derechos invocados.

En fin, la suspensión acordada no ocasiona una perturbación grave ni irreversible a un interés constitucionalmente protegido o a los derechos fundamentales o libertades de terceros, porque no impide presentar una nueva iniciativa legislativa que tenga por objeto el contenido de las enmiendas impugnadas.

La polémica decisión del Tribunal Constitucional en su ATC 177/2022, de 19 de diciembre, de acordar la suspensión cautelarísima (art. 56.2 y 6 LOTC) del procedimiento legislativo, en cuanto al concreto objeto del recurso de amparo parlamentario

admitido a trámite⁷ (esto es, de los preceptos de la Ley orgánica que modifican la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, derivados de las enmiendas núms. 61 y 62), que supone a nuestro juicio un serio avance en el control de la arbitrariedad de las mayorías políticas, fue desde luego acatada por las Cortes Generales (el Pleno del Senado aprobó la proposición de Ley orgánica con la excepción de las disposiciones derivadas de las enmiendas controvertidas, quedando así finalmente aprobada la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, publicada al día siguiente), no sin durísimos reproches (algunos fuera de toda medida) de representantes políticos de la mayoría parlamentaria, de los presidentes de ambas Cámaras y de miembros del Gobierno de coalición, con amplio eco en los medios de comunicación, llegando incluso a hablarse en algún caso de decisión insólita sin parangón en sistemas democráticos de nuestro entorno⁸.

Lo anterior no dejaba de resultar desmesurado. Valga recordar que pocos meses después la Sala Segunda del Tribunal Constitucional federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*), al abrigo del art. 32 de la Ley reguladora de este tribunal, acordó mediante resolución (*Beschluss*) de 5 de julio de 2023 la suspensión cautelar de un procedimiento legislativo del *Bundestag*, solicitada por un diputado de la minoría parlamentaria (medida que aquel Tribunal Constitucional calificó como «necesaria para evitar la creación de hechos consumados en el sentido de una posible pérdida definitiva de derechos en perjuicio del demandante»), en un asunto cuyo trasfondo no parece tener la misma enjundia constitucional que el supuesto al que se enfrentó nuestro Tribunal Constitucional en su ATC 177/2022 (en el caso alemán se trataba de la tramitación de un proyecto de ley de reforma de la ley sobre energía de los edificios, referida al porcentaje de empleo de energías renovables en las nuevas instalaciones). El Tribunal Constitucional federal alemán consideró, para acordar la medida cautelar, que debía entenderse prevalente el interés en evitar una violación irreversible del derecho de participación

⁷ Delgado Ramos, D.: «Parlamento versus Tribunal Constitucional: ¿puede el Tribunal suspender la tramitación de un procedimiento legislativo? Notas críticas sobre el auto 177/2022, de 19 de diciembre», *Foro*, 25 (2), 2022, pp. 355-377.

García de Enterría Ramos, A.: «Suspensión de la tramitación parlamentaria de enmiendas por el Tribunal Constitucional por falta de homogeneidad. Comentario al auto del Tribunal Constitucional 177/2022, de 19 de diciembre. Recurso de amparo núm. 8263-2022 (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2023)», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 115, 2023, pp. 413-431.

Ortega Santiago, C.: «Notas de futuro sobre el derecho de enmienda, el procedimiento legislativo y su posible suspensión cautelar en el recurso de amparo parlamentario, a la luz del auto 177/2022 del Tribunal Constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 38, 2023, pp. 39-58.

Requejo Rodríguez, P.: «Recurso de amparo y procedimiento legislativo: el polémico Auto 177/2022 del Tribunal Constitucional español», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 286, 2023, pp. 31-55.

Ruiz Dorado, M.: «La intervención del Tribunal Constitucional en el procedimiento parlamentario: un comentario al ATC 177/2022, de 19 de diciembre», *Anuario Parlamento y Constitución*, núm. 24, 2023, pp. 247-257.

⁸ Así, De la Quadra Salcedo, T.: «Una decisión insólita», *El País*, 23-12-2022. Disponible en <https://acesse.dev/V36Qo>.

política del diputado demandante sobre la autonomía parlamentaria del *Bundestag* (o más bien de la mayoría de la cámara)⁹.

Es interesante destacar que no parece que se hayan dirigido reproches semejantes a esta decisión del Tribunal Constitucional federal alemán de suspender cautelarmente un procedimiento legislativo como los que se dirigieron entre nosotros a la suspensión cautelar del procedimiento legislativo acordada en el ATC 177/2022. Y no está de más recordar que el art. 56 LOTC confiere al Tribunal Constitucional español facultades suspensivas más netas en el recurso de amparo que las que el art. 32 de la Ley del *Bundesverfassungsgericht* le confiere a este.

Por lo demás, cabe señalar que la grave crisis constitucional desatada por el intento de la mayoría parlamentaria de modificar las reglas de renovación de los magistrados del Tribunal Constitucional mediante la introducción de enmiendas a una reforma penal se solventó pocos días después de que el Tribunal acordase mediante su ATC 177/2022 (ratificado por el ATC 178/2022) la suspensión cautelar de la tramitación legislativa del texto derivado de esas enmiendas. En efecto, el Consejo General del Poder Judicial «en funciones» (al que la mayoría parlamentaria había tenido la gentileza de devolverle la competencia para designar magistrados constitucionales) propuso a los dos magistrados que le correspondían, los cuales, unidos a los dos que previamente había propuesto el Gobierno, recibieron el *placet* del Pleno del Tribunal Constitucional, conforme a lo previsto en el art. 10.1.i) LOTC, que fueron seguidamente nombrados por el rey (art. 159.1 CE y art. 16.1 CE) el 30 de diciembre de 2022 (BOE de 31 de diciembre), produciéndose así la decimocuarta renovación del Tribunal el 9 de enero 2023 con la toma de posesión de los nuevos magistrados constitucionales. La tormenta había pasado, por esta vez.

V. El ATC 134/2017 y el ATC 177/2022 suponen un avance relevante en el control constitucional de la arbitrariedad de las mayorías parlamentarias

El Tribunal Constitucional ha actuado correctamente al acordar en su ATC 177/2022, de 19 de diciembre, la admisión a trámite del recurso de amparo parlamentario (pues en efecto la lesión del derecho de participación política de los diputados recurrentes es más que verosímil y el asunto reviste innegablemente especial trascendencia constitucional) y la suspensión del procedimiento legislativo en cuanto a los preceptos dimanantes de las enmiendas parciales dirigidas a modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (pues concurren en el caso los

⁹ Rodríguez-Patrón, P.: «El Auto del Tribunal Constitucional 177/2022, de 19 de diciembre (y sus votos particulares), a la luz de la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 5 de julio de 2023», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 131, 2024, pp. 299-331.

Simón Yarza, F.: «Karlsruhe suspende la tramitación de una ley», *El Mundo*, 13-7-2023. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.129.03>.

requisitos previstos por el art. 56.2 y 56.6 LOTC para adoptar la medida cautelar solicitada)¹⁰.

Si en septiembre y octubre de 2017 la mayoría independentista en el Parlamento de Cataluña decidió atropellar los derechos fundamentales de participación política de la minoría constitucionalista en dicha Cámara, en diciembre de 2022 fue la mayoría en el Congreso de los Diputados que daba sustento a la colación gubernamental la que pretendió silenciar a la minoría parlamentaria, en un supuesto muy determinado, que afectaba seriamente al principio constitucional de separación y equilibrio de poderes, cuyo garante último, por expresa voluntad del constituyente, es el Tribunal Constitucional, lo que implica, como este recordó en el ATC 177/2022, de 19 de diciembre, que todos los poderes, incluido el legislativo, están sujetos a la Constitución (art. 9.1 CE), y que, por tanto, a la jurisdicción constitucional le corresponde la responsabilidad de «limitar la capacidad de actuación del legislador cuando este exceda de los márgenes constitucionales», sin que la especial posición institucional de las Cortes Generales (art. 66 CE) suponga una excepción a ese control constitucional, toda vez que «la centralidad de las Cortes Generales en nuestro Estado constitucional no significa que el ejercicio de sus poderes esté exento o liberado de subordinación a la Constitución, pues esta preside normativamente las actuaciones de todos los poderes públicos y, significadamente, la de aquel que asume la representación de la soberanía nacional y es, además, la institución que escenifica el pluralismo político» (ATC 177/2022, FJ 5).

El procedimiento legislativo ha de respetar el derecho fundamental de participación política (art. 23.2 CE). Aunque la decisión final que dé lugar a la ley quede en manos de la mayoría parlamentaria, en el proceso de formación de la voluntad de la Cámara deben quedar plenamente garantizados los derechos de las minorías. En consecuencia, como también ha advertido el Tribunal Constitucional, se altera de forma sustancial el procedimiento legislativo «si se pone en tela de juicio la participación de las minorías en dicho procedimiento, lo que, a su vez, podría provocar un déficit democrático en el proceso de elaboración de la norma que eventualmente pudiera contradecir el valor del pluralismo político sobre el que se fundamenta el ordenamiento constitucional del Estado democrático y que debe presidir necesariamente la tramitación de toda iniciativa legislativa (art. 1.1 CE)» (SSTC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 8, y 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 5).

Sin respeto a los derechos de las minorías políticas no hay modo de preservar el pluralismo propio del Estado democrático, proclamado por el art. 1.1 CE como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. En el Estado constitucional, como lo es nuestro Estado social y democrático de Derecho, la soberanía nacional reside en el pueblo (art. 1.2 CE), no en el Parlamento, que lo representa (art. 66.1 CE). Por eso mismo, las mayorías parlamentarias tienen limitado su poder, pues de lo contrario no existiría un Estado constitucional, sino un despotismo de la mayoría, que poco o nada tiene que ver con la verdadera democracia. De ahí la necesidad de asegurar el adecuado ejercicio de la función de representación política de las minorías parlamen-

¹⁰ Aragón Reyes, M.: «El TC ha actuado correctamente», *El Mundo*, 23-12-2022. Disponible en: <https://l1nq.com/tEyLJ>.

tarias en la oposición, pues el respeto a la posición y los derechos de las minorías actúa como elemento constitutivo del propio sistema, que legitima su funcionamiento mismo.

La decisión del Tribunal Constitucional de acordar en su ATC 177/2022 la medida cautelar de suspensión (parcial) del procedimiento legislativo solicitada por los diputados recurrentes en amparo, al concurrir en el caso los requisitos del art. 56.2 y 56.6 LOTC, supone, en definitiva, un importante avance en el control de la arbitrariedad de los poderes públicos, en particular del poder legislativo, sujeto, como todos los poderes, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE). El Tribunal Constitucional no puede renunciar a comprobar, cuando su tutela se demande mediante el recurso correspondiente, si la tramitación del procedimiento legislativo se ajustó en el caso concreto a los principios que, conforme a su normativa reguladora y a la interpretación que de la misma viene haciendo este Tribunal, han de presidirlo. Y ello, como se razona en el propio ATC 177/2022, FJ 6, «en garantía no solo del derecho de la mayoría parlamentaria a adoptar las decisiones que legítimamente le corresponden, sino también del derecho de las minorías a participar en los procesos de formación de la ley, expresión, como se ha dicho, de la voluntad popular que ha de integrar, a través precisamente del procedimiento legislativo, la expresión del pluralismo político, elevado por el art. 1.1 CE a la categoría de “valor superior” de nuestro ordenamiento jurídico».

Sin duda la suspensión del procedimiento legislativo supone una medida muy incisiva para la autonomía parlamentaria y los derechos de la mayoría, por lo que el Tribunal Constitucional deberá ser especialmente prudente a la hora de decidir en el recurso de amparo del art. 42 LOTC si adopta esa medida cautelar, que solo procederá en supuestos excepcionales, como desde luego lo era el abordado en el ATC 177/2022 (al igual que lo era la situación creada en el Parlamento de Cataluña los meses de septiembre y octubre de 2017). Es deseable que episodios semejantes a estos no vuelvan a repetirse ni en las Cortes Generales, ni en ninguno de los Parlamentos autonómicos, pero si lamentablemente no sucediera así, el Tribunal no podría hacer dejación de las facultades cautelares de suspensión que le confiere el art. 56.2 y 56.6 LOTC en el marco de un recurso de amparo parlamentario. La democracia constitucional no significa a la postre otra cosa que el establecimiento de reglas de Derecho que limitan efectivamente el poder la mayoría, por lo que resulta decisiva la observancia de los derechos de las minorías en el procedimiento legislativo. Si la mayoría desconoce o infringe los derechos de la minoría en el procedimiento parlamentario, la función tuitiva del Tribunal Constitucional en el marco del recurso de amparo del art. 42 LOTC se erige en el único remedio eficaz frente a ese abuso de poder, y la suspensión cautelar del procedimiento legislativo vendrá a ser una medida excepcional que el Tribunal podrá acordar en supuestos especialmente graves, cuando resulte justificado para evitar que se consume una violación irreversible del derecho de participación política y ponderando los restantes derechos e intereses concurrentes en las concretas circunstancias del caso.

DE LA *INTERPOSITION* A LA *NULLIFICATION*: EL DEBATE SOBRE EL CONTROL DE LAS ACTUACIONES *ULTRA VIRES* EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA*

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI
Letrado del Tribunal Constitucional

I. Introducción

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha asumido el denominado control *ultra vires* de los actos y disposiciones adoptadas por las instituciones de la Unión Europea, que se llevaría acabo en aquellos casos de violación de los límites al ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos de la Unión Europea. Así, según ha señalado el Alto Tribunal germano, cuando no sea posible obtener protección jurídica a nivel de la propia Unión, el Tribunal Constitucional Federal controlará si los actos jurídicos de las instituciones y órganos europeos respetan los límites de los derechos de soberanía que le han sido transferidos por la vía del principio de atribución de competencias¹.

Para el Tribunal Constitucional Federal alemán el control *ultra vires* pueden conducir a que el Derecho de la Unión sea declarado inaplicable en Alemania². Aseveración que ha tenido su materialización en la histórica Sentencia del 5 de mayo de 2020, en la que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha considerado que el Programa de Adquisición de Activos del Sector Público del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) es un acto *ultra vires* del Banco Central Europeo (BCE) «en la medida en que el BCE no ha demostrado su proporcionalidad» (párrafo 232). El TCFA no declara directamente la invalidez, sino que exige su inaplicación en Alemania a los órganos constitucionales alemanes.

No es objeto de las presentes páginas, homenaje a Javier Jiménez Campo, uno de los más brillantes juristas de nuestro tiempo, el examen del transcendental debate jurídico al que ha dado lugar tal control *ultra vires* en la Unión Europea, pero si evocar un debate similar que se produjo hace más de dos siglos en los Estados Unidos de América.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación I + D + i 2020 concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado «La Constitución como instrumento de integración de la sociedad y el sistema político» (referencia PID2020-117503GB-I00), cuyo investigador principal es Xabier Arzoz Santisteban.

El presente texto forma parte de una investigación más amplia sobre el control *ultra vires* en la Unión Europea.

¹ Por todas, la Sentencia del TCFA de 30 de junio de 2009, en el asunto Lisboa. apartado 240.

² Apartado 241.

Señala Marx que la historia ocurre dos veces: la primera vez como tragedia y la segunda como farsa³. El debate sobre el control ultra vires y la denominada *nullification*, que no es otra cosa que un debate sobre el origen de la soberanía⁴, en el caso norteamericano acabó efectivamente en tragedia, en la Guerra de Secesión.

II. Los orígenes del federalismo norteamericano

La idea del reparto del poder público entre dos niveles territoriales, un poder federal y unos poderes estatales, desarrollada en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, se justificó en sus orígenes en la necesidad de garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos.

Para Madison el poder que el pueblo ha cedido al Gobierno ha sido dividido en primer lugar verticalmente entre dos niveles territoriales (la Federación y los Estados), y, en segundo lugar, la porción de poder de cada nivel ha sido a su vez subdividida horizontalmente entre distintas y separadas autoridades (legislativo, ejecutivo y judicial). Todo ello con el fin de producir una doble garantía de los derechos de los ciudadanos. Para Madison los diferentes niveles territoriales se controlarán recíprocamente a la vez que cada nivel se controlará a sí mismo a través de la división horizontal del poder⁵.

Tal concepción habría sido asumida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos cuando señala que la división vertical del poder entre diversas instancias territoriales habría tenido como propósito último garantizar la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos. Al igual que la división horizontal de poderes dentro de la instancia federal previene la acumulación de un poder excesivo en cualquiera de los poderes federales (Congreso, Presidente y Poder Judicial federal), la distribución del poder entre los Estados y el Gobierno Federal reduciría el riesgo de tiranía y abuso⁶.

Desde esta perspectiva, la distribución territorial del poder y su garantía jurisdiccional no sería un fin en sí mismo, sino un medio de garantizar la libertad de los ciudadanos como consecuencia del fraccionamiento del poder que tal distribución supone.

Explicación no contradictoria con la anterior, pero quizás sí de carácter más pragmático, sería aquella que sostiene que la creación de una nueva autoridad federal en la Constitución de 1787 y el consiguiente reparto del poder entre dos niveles territoriales de gobierno se justificó en la necesidad de dar solución a algunos de los conflictos económicos y políticos que habrían surgido entre las recién emancipadas trece colonias.

Las «guerras comerciales» que se originaron entre los Estados de la Confederación en los años inmediatamente posteriores a la independencia habrían sido el detonante de la puesta en marcha del proceso constituyente que desembocaría en la aprobación de la Constitución Federal de 1787 y que sustituyó a los ineficaces Artículos de la

³ Karl Marx *El dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*. Alianza editorial. 2015.

⁴ Juan Luis Requejo Pagés., *El sueño constitucional*, KRK, 2016.

⁵ *The Federalist* No. 51, pag. 323 (Clinton Rossiter ed. 1961) (James Madison).

⁶ *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991), 458. «El equilibrio de poder establecido por mandato constitucional entre los Estados y el gobierno federal fue adoptado por sus redactores para garantizar la protección de “nuestras libertades fundamentales”».

Confederación que habían venido rigiendo la relación entre los distintos territorios desde 1778.

Bajo los Artículos de la Confederación, aprobados en plena guerra de la Independencia, los Estados americanos retenían amplios poderes y el embrionario poder central que en los mismos se preveía dependía para su actuación del consentimiento de los propios Estados⁷.

La aprobación de la nueva Constitución federal de 1787 habría permitido resolver muchos de los problemas político-económicos derivados de la ausencia de instituciones nacionales con verdadero poder de decisión, pero abriría un nuevo frente de problemas en relación con la necesidad de determinar la exacta extensión de las competencias atribuidas por la Constitución a estas nuevas instituciones nacionales. Determinación esencial para definir, a su vez, la capacidad de acción de los Estados pertenecientes a la Unión. La determinación del alcance de las competencias que corresponden a cada nivel territorial se convertirá, así, en fuente de conflictos y disputas.

El mecanismo de solución de tales disputas competenciales pasará por el reconocimiento de la función de resolución de las controversias competenciales que se pudiesen suscitar entre los dos niveles territoriales a un órgano previsto en la propia Constitución federal, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, tomando para ello como criterio para ejercer tal función los principios que rigen la distribución de competencias contenidos en la propia Constitución.

1. EL PODER JUDICIAL FEDERAL COMO ÁRBITRO DE LAS DISPUTAS COMPETENCIALES

El artículo III, sección primera, de la Constitución de 1787 crea un poder judicial federal independiente de los poderes judiciales estatales al afirmar que «se depositará el poder judicial de los Estados Unidos en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo».

Las funciones de este poder judicial federal están determinadas en la propia Constitución cuando en su artículo III, sección segunda, atribuye al poder judicial federal, entre otras, la función de entender de todas las controversias que «surjan como consecuencia de la Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad».

⁷ Durante aquellos primeros años en los que la nueva nación era una confederación de Estados, cada Estado confederado era libre de adoptar medidas favoreciendo sus propios intereses, sin consideración alguna hacia los intereses de los demás. Ello habría puesto en peligro la armonía entre los Estados y la propia existencia de la nueva nación.

Sería la necesidad de acabar con las legislaciones estatales adoptadas de acuerdo con la consideración de intereses particulares una de las causas que explican la sustitución de los ineficaces Artículos de la Confederación de 1778 por la Constitución de 1787.

Así, en el nuevo texto constitucional, se atribuirá, entre otras, la competencia regulatoria sobre el comercio entre Estados y sobre el comercio extranjero al Congreso de los Estados Unidos; un nuevo órgano que encarnará, a partir de entonces, la representación de los intereses generales de la nación americana y cuya actividad, dentro de los límites de los poderes atribuidos por la nueva Constitución, no estaría sometida al veto de los Estados y se impondría a todos los ciudadanos directamente.

Al mismo tiempo que atribuye al poder federal la función de entender de cualquier controversia bajo el derecho federal, la Constitución federal ha afirmado que ella misma y las leyes de los Estados Unidos que se adopten con arreglo a ella serán la suprema ley del país y, por tanto, los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlas, aun cuando encuentren en la respectiva Constitución estatal o en sus leyes alguna disposición que las contradigan⁸.

Ello supone que en el sistema americano no se impide *ex constitutione* a los tribunales estatales aplicar e interpretar el derecho federal. En tanto en cuanto el Congreso no reserve a la jurisdicción federal en exclusiva el conocimiento de una materia, los poderes judiciales estatales pueden aplicar el derecho federal, teniendo en cuenta la obligación de mantener la supremacía de este sobre el derecho estatal.

Afirmada la existencia de un poder judicial federal encargado de entender de todas las controversias que «surjan como consecuencia de la Constitución, de las leyes de los Estados Unidos», que, sin embargo, no excluye la posibilidad de que los poderes judiciales estatales apliquen ese derecho federal, y afirmada la supremacía del derecho federal sobre el derecho estatal, se plantea la importante cuestión de a quién debe corresponder la última palabra tanto en relación con cuál debe ser la interpretación de las normas federales como en relación con cuando las normas estatales o federales son conformes con la Constitución federal.

La última palabra en la interpretación del derecho federal, incluyendo la Constitución, corresponde al órgano supremo del poder judicial federal, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Así lo ha dispuesto la sección 25 de la *Federal Judicial Act* de 1789, una de las primeras normas dictadas por el Congreso de los Estados Unidos que concretaba el artículo III de la Constitución al organizar el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y crear una estructura de tribunales federales inferiores, y que atribuía al Tribunal Supremo de los Estados Unidos la capacidad de revisión de las sentencias de los tribunales superiores de los Estados federados en los casos en que estos hubiesen puesto en cuestión la validez de las normas federales o hubiesen sostenido una norma estatal frente a la objeción de que contradecía una norma federal, incluida la Constitución⁹. La jurisdicción del Tribunal Supremo se extenderá en 1914 también a la revisión de aquellos supuestos en que a pesar de haberse sostenido por un tribunal estatal la norma federal se hacía necesario unificar la interpretación de las normas federales¹⁰.

⁸ De acuerdo con el art. VI.2 de la Constitución de 1787 «la Constitución de los Estados Unidos y las leyes y tratados de los Estados Unidos que están hechos de acuerdo con la Constitución son la Ley Suprema del país; vinculan a los jueces de los diferentes Estados y en ninguna forma podrá resultar afectado por las constituciones o las leyes de los Estados».

⁹ La Sección 25 fue la disposición más controvertida porque algunos lo vieron como una intrusión en los derechos de los Estados. Al Tribunal Supremo de los Estados Unidos se le atribuía jurisdicción sobre los casos en los que el tribunal superior de un Estado había dictaminado que una ley federal era inválida o había confirmado una ley estatal que había sido impugnada por vulnerar la Constitución de los Estados Unidos o una ley federal.

¹⁰ Una reforma en 1988 convirtió lo que en muchos casos era una obligación del Tribunal Supremo de resolver las apelaciones fundadas en este precepto en una posibilidad discrecional al someterla a la revisión *vía certiorari*.

Si bien la posibilidad de que los tribunales federales revisen las decisiones de los tribunales estatales que interpretan el derecho federal no siempre fue aceptada de buen grado por los Estados, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha considerado que la misma es esencial para mantener una uniforme interpretación de la Constitución de los Estados Unidos y del derecho federal. Así, en efecto, en el asunto *Martin v. Hunter's Lessee*¹¹, donde se avaló la constitucionalidad de la sección 25 de la Federal Judicial Act de 1789, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos justificó su competencia para revisar las sentencias dictadas por los tribunales estatales en la necesidad de garantizar un sistema jurídico uniforme y en la necesidad de garantizar el propio principio de supremacía del derecho federal¹². Sin el reconocimiento de tal competencia del Tribunal Supremo cada Estado hubiese permanecido como juez último en cuanto a la interpretación de la Constitución federal¹³.

Ello se completa con la doctrina acogida en *Marbury v. Madison*¹⁴ relativa a la *judicial review*, esto es la capacidad del poder judicial federal para revisar la constitucionalidad de la propia legislación federal¹⁵. Sin duda, todos los poderes tienen la capacidad de interpretar y aplicar la Constitución, pero desde *Marbury* el Tribunal Supremo federal es el último interprete del texto constitucional.

¹¹ 14 U.S. 304 (1816). Este asunto llega al Tribunal Supremo federal después de que los tribunales estatales de Virginia se nieguen a aceptar la capacidad del Tribunal Supremo federal de revisar sus sentencias.

¹² La afirmación de la primacía del derecho europeo se ha realizado en el caso de la Unión vía construcción jurisprudencial cuando en la sentencia *Costa c. Enel*, de 15 de julio de 1964, se declara que el Derecho procedente de las instituciones europeas se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros que están obligados a respetarlo. Por lo tanto, el Derecho europeo tiene primacía sobre los Derechos nacionales. En consecuencia, si una norma nacional es contraria a una disposición europea, las autoridades de los Estados miembros deben aplicar la disposición europea.

Asimismo, el Tribunal de Justicia en su Comunicado de prensa núm. 58/20, 8 de mayo de 2020, que recoge una primera respuesta a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 5 mayo de 2020, recuerda que, conforme a su reiterada jurisprudencia, él es el único competente para declarar que un acto de una institución de la Unión es contrario al Derecho de la Unión. Las divergencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de dichos actos pueden llegar a comprometer la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión y perjudicar la seguridad jurídica. Al igual que otras autoridades de los Estados miembros, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a garantizar el pleno efecto del derecho de la Unión. Sólo así puede garantizarse la igualdad de los Estados miembros en la Unión creada por ellos.

¹³ Francisco Fernández Segado, *La Evolución de la Justicia Constitucional*. Dikynson, Madrid, 2013.

¹⁴ Marian Ahumada Ruiz, «Marbury Versus Madison. Doscientos años (y más) después», en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 4, 2006.

¹⁵ Anticipada en aquel pasaje de El Federalista en el que Hamilton sostenía que la aplicación preferente de la Constitución sobre la ley no supone la superioridad del poder judicial sobre el legislativo; «[...] sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son». *El Federalista*, cit., XXVIII, p. 332.

2. EL PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL QUE RIGE LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER EN EL ORDENAMIENTO NORTEAMERICANO

La interpretación de la distribución territorial del poder establecida por la Constitución de 1787 correspondería realizarla en última instancia al poder judicial federal, el cual la llevaría a cabo a través de la aplicación de una serie de principios fundamentales contenidos en la propia Constitución y que definen el funcionamiento del propio sistema federal.

En primer lugar, a través de la aplicación del denominado principio de atribución o principio de las competencias enumeradas que supone que el poder federal creado por la Constitución de 1787 sólo ostenta aquellas competencias que de forma limitada le atribuya la propia norma fundamental.

En segundo lugar, a través de la aplicación del principio de los poderes implícitos, corolario del anterior, pues supone que el poder federal además de las competencias explícitamente atribuidas puede adoptar todas las leyes necesarias y convenientes para llevar a efecto aquellas competencias.

Y, en tercer lugar, a través de la aplicación del principio de supremacía o primacía del derecho federal que supone que en caso de colisión del derecho federal con el derecho estatal se debe aplicar el derecho federal.

El principio de atribución supone que aquellas competencias no atribuidas en exclusiva a la Federación o prohibidas a los Estados federados en la Constitución, son retenidas precisamente por estos últimos, por los Estados, que ostentan así la competencia general de regulación. La Constitución norteamericana no especifica cuáles son las competencias retenidas por los Estados, sino que únicamente especifica cuáles son las competencias atribuidas a la Federación. Es al interpretar cuáles son estas cuando se pueden determinar aquellas.

Así se deriva de la propia lógica de la Constitución, pues la misma ha creado un nuevo poder, el federal, al que le atribuye una serie de competencias que hasta ese momento correspondían a los Estados, siendo, por tanto, las competencias no atribuidas retenidas evidentemente por estos. Pero también se deriva de haberlo así explicitado la propia Constitución norteamericana en su Décima enmienda (1791) cuando establece que «los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo».

Los Estados federados retienen así todos aquellos poderes no atribuidos a la Federación y no prohibidos a aquellos por la Constitución federal¹⁶. El Artículo I, Sección 8.ª, de la Constitución Federal de 1787 recoge la lista de los poderes atribuidos al Congreso de los Estados Unidos.

El principio de que el poder federal solo puede ejercer aquellos poderes que le atribuye la Constitución, y sólo aquellos, es un principio claro y plenamente asumido por la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas. Ahora bien, tal y como señaló el juez Marshall la dificultad esencial del federalismo no reside tanto en la aceptación del

¹⁶ La Constitución, por ejemplo, prohíbe expresamente a los Estados acuñar moneda o emitir papel moneda.

propio principio de atribución sino en la determinación de cual es precisamente la extensión de los poderes atribuidos¹⁷.

Tal dificultad ha coadyuvado a que históricamente, desde determinados sectores políticos y académicos minoritarios, se haya puesto en cuestión que tenga que ser el Tribunal Supremo de los Estados Unidos el supremo interprete de la Constitución federal y del derecho federal; y, por tanto, que sea también el órgano encargado de interpretar en última instancia la delimitación territorial del poder recogida en aquel texto fundamental.

Así se mantiene por los sostenedores de la denominada doctrina de la *nullification* que consideran que un Estado federado tiene el derecho de anular o invalidar aquellas leyes federales que vulneren la Constitución de los Estados Unidos.

La doctrina de la *nullification* se funda en la idea de que los Estados federados como creadores mediante el pacto constitucional del Gobierno federal, retienen la capacidad para determinar los excesos competenciales de éste. Los Estados pueden, por lo tanto, llegar a declarar nulas en su territorio aquellas normas federales que consideren que exceden manifiestamente de los poderes atribuidos en la Constitución de los Estados Unidos.

La capacidad estatal de declarar contrarias al propio pacto federal, la Constitución de 1787, las leyes federales y declarar su nulidad en el Estado sería inherente al concepto de soberanía estatal que, bajo esta perspectiva, no se habría perdido con la firma del pacto constitucional, y se derivaría del propio reconocimiento en la Décima Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de que los poderes no delegados se encuentran retenidos por los Estados.

Ello supone una interpretación del proceso constituyente —mantenida, por ejemplo, por el vicepresidente Calhoun (1825-1832)—, que subraya, que cuando se elaboró la Constitución la misma fue enviada para ser ratificada por los pueblos de los diversos Estados y fue ratificada por cada uno de los Estados actuando como tales y vinculando a los pueblos de cada uno. Al ratificar la Constitución los Estados no perdieron su soberanía. Calhoun rechazaba que cuando el Preámbulo de la Constitución declara que la Constitución fue ordenada por el pueblo de los Estados Unidos se esté creando un nuevo sujeto de soberanía, pues la propia Constitución declara al tiempo que la misma vincula a aquellos Estados que la ratifiquen. La conclusión inevitable es que la Constitución es la obra de los pueblos de los Estados, considerados como comunidades políticas separadas e independientes, se trataría de una Unión de Estados y no de individuos¹⁸.

Concepción que se opondría a aquella otra recogida en la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que desde *Martin v. Hunter's Lessee* 14 U.S. 304 (1816) viene afirmando que «la Constitución de los Estados Unidos fue ordenada y establecida no por los Estados en su capacidad soberana, sino, como el preámbulo de la Constitución declara, por “el pueblo de los Estados Unidos”. [...] Los [Artículos de] Confe-

¹⁷ En la conocida sentencia *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316 (1819) en la p. 405.

¹⁸ Argumento que no deja de recordar al que se recoge en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán cuando se refiere a la Unión Europea como una Unión de Estados (*Staatenverbund*).

deración eran un pacto entre Estados, y su estructura y poderes eran completamente diferentes a los del Gobierno Nacional. La Constitución [de 1787] fue un acto del pueblo de los Estados Unidos». En el mismo sentido se pronunció en *McCulloch v. Maryland*, 17 US (4 Wheat.) 316 (1819) donde señaló que «el gobierno procede directamente del pueblo [y] es “ordenado y establecido” en nombre del pueblo. La Constitución es una obligación completa y vinculaba las soberanías estatales».

III. El desarrollo histórico de las teorías que sostienen la capacidad de los poderes estatales para controlar los actos federales *ultra vires*

A lo largo de la historia norteamericana los Estados federados han desarrollado diversas teorías para defender su capacidad de controlar los excesos constitucionales del Congreso de los Estados Unidos.

Para ello se ha acudido a conceptos tales como los de interposición/interposition o anulación/nullification con implicaciones y consecuencias que han ido variando con el devenir de la historia.

Sin embargo, la cuestión fundamental que se plantea es si tales conceptos que implican la declaración por parte de un Estado de que una ley federal es inconstitucional, suponen que la ley federal no se pueda hacer cumplir en ese Estado o por el contrario simplemente suponen una proclamación sin consecuencias jurídicas inmediatas.

1. LAS RESOLUCIONES DE KENTUCKY Y VIRGINIA DE 1798: ¿UNA APELACIÓN A LA ACCIÓN COLECTIVA?

Las Resoluciones de Kentucky y Virginia fueron declaraciones políticas aprobadas por los respectivos parlamentos estatales en las que estos consideraban que sendas leyes federales, tanto la *Sedition Act* como la *Alien Act* adoptadas por el Congreso de los Estados Unidos en 1798, eran inconstitucionales.

*1.1. La Resolución de Kentucky de 1798*¹⁹. La Asamblea legislativa de Kentucky aprobó dos resoluciones, la primera el 10 de noviembre de 1798 y la segunda el 3 de diciembre de 1799. La de 1798 fue escrita en secreto por el vicepresidente federal Thomas Jefferson. La de 1799, que se examinará en un epígrafe posterior, incorporará por primera vez el concepto de «*nullification*/anulación», que no estaba explícitamente incluido en la primera Resolución de 1798 que se examina en el presente epígrafe²⁰.

Comienza la Resolución de Kentucky de noviembre de 1798 señalando que los diversos Estados que componen los Estados Unidos de América no se encuentran

¹⁹ <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-30-02-0370-0004>.

²⁰ A pesar de que en el borrador de Jefferson sí se hacía referencia a que cada Estado tiene el derecho de «anular» las leyes inconstitucionales, el concepto no se incluyó en la primera de las Resoluciones aprobadas en <https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/jeffersons-draft>.

unidos por un principio de sumisión ilimitada a su Gobierno General; sino por un pacto recogido en una Constitución. Así, los Estados constituyeron un Gobierno General con un propósito específico, pues delegaron a ese Gobierno ciertos poderes definidos reservando cada Estado para sí mismo la masa residual de poderes.

Para la Asamblea de Kentucky cuando el Gobierno General asume poderes no delegados, los actos dictados en su virtud no tienen autoridad, son nulos (*void*) y no tienen fuerza.

A través del pacto constituyente cada Estado accedió como parte, siendo el resto de los estados la otra parte de aquel pacto. Para la Asamblea estatal el Gobierno General creado por este pacto no puede convertirse en el juez exclusivo o final del alcance de los poderes a él delegados; ya que eso supondría que sería su voluntad, y no la de la Constitución, la medida de sus poderes. De ello deduce que, como en todo pacto entre partes que no tienen un Juez común, cada parte tiene el mismo derecho a juzgar por sí misma, las infracciones del mismo²¹, así como el modo y forma de reparar aquellas.

La Resolución de Kentucky de 1798 dispuso que la misma se comunicase a los Senadores²² y Representantes en el Congreso de los Estados Unidos del Estado de Kentucky, a quienes se les ordena presentar y defender la resolución en sus respectivas Cámaras y utilizar sus mejores esfuerzos para procurar en la próxima sesión del Congreso federal, la derogación de los actos inconstitucionales y odiosos adoptados.

Igualmente dispuso que el Gobernador del Estado comunicase la Resolución a las Asambleas legislativas de los otros Estados con la finalidad de que estos pudiesen expresarse sobre los actos adoptados por el Congreso y pudiesen declarar si estos están o no autorizados por el Pacto Federal, confiando en que aquellos estarán de acuerdo con Kentucky en que dichos actos son manifiestamente contrarios a la Constitución federal, por lo que dichos Estados concurrirán en declarar esos actos nulos y sin fuerza, y cada uno se unirá al Estado de Kentucky para solicitar su revocación en la próxima sesión del Congreso federal.

²¹ La Resolución de Kentucky de 1798 considera que la *Alien* y la *Sedition Acts* son actos *ultra vires* pues la Constitución de los Estados Unidos sólo ha delegado al Congreso federal el poder de castigar la traición, la falsificación de los valores y monedas de los Estados Unidos, la piratería y delitos cometidos en alta mar, y los delitos contra las leyes internacionales, declarando la Décima Enmienda constitucional, «que los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ella a los Estados, están reservados a Estados respectivamente, o al pueblo», por lo tanto, las disposiciones aprobadas por el Congreso que definen o castigan crímenes que no son los enumerados en la constitución son completamente nulos y sin fuerza, pues el poder para crear, definir y castigar esos otros delitos está reservado, a los Estados respectivos, cada uno dentro de su propio Territorio.

Asimismo, consideran, por un lado, que la *Sedition Act*, no es ley, y es nula y sin efecto, por restringir la libertad de prensa, y que la *Alien Act*, tampoco lo es, pues, entre otros vicios vinculados con derechos protegidos por la Constitución, no se le atribuyó al Congreso la regulación de la extranjería. Se imputa, por tanto, a las normas federales incurrir en vicios competenciales y sustantivos relativos a la vulneración de derechos constitucionales.

²² Originalmente cada Asamblea legislativa estatal designaba a sus propios senadores, sólo desde 1913 con la ratificación de la Enmienda XVII los senadores son elegidos en elección popular directa.

1.2. *La Resolución de Virginia de 1798: la interposición*²³. La Resolución de Virginia de diciembre de 1798, redactada por James Madison, tampoco se refirió explícitamente a la «nullification/anulación» de la norma federal, sino a la necesidad de que se produzca una «interposición» de los Estados.

La Asamblea General de Virginia en su Resolución comienza expresando inequívocamente su compromiso firme con el mantenimiento y defensa de la Constitución de los Estados Unidos y de la Constitución estatal, contra toda agresión, ya sea extranjera o doméstica.

La Asamblea de Virginia, tras declarar solemnemente su apego a la Unión creada por la Constitución de 1787, considera que es su deber vigilar y oponerse a la infracción de aquellos principios que constituyen el fundamento mismo de esa Unión. Es por ello por lo que tras recordar que los poderes del gobierno federal, además de limitados, son el resultado de un pacto, del cual los Estados son partes; señala que en caso de un ejercicio deliberado, manifiesto y peligroso de poderes no otorgados por dicho pacto²⁴, los Estados que son partes en el mismo tienen el derecho y están obligados a *interponerse* para detener el progreso del mal, y para salvaguardar las competencias, los derechos y las libertades que les pertenecen.

Por ello la Asamblea de Virginia apela a los demás Estados²⁵, confiando en que estarán de acuerdo con la comunidad de Virginia cuando declara, que las *Alien y Sedition Acts* del Congreso son inconstitucionales; y que cada uno tomará las medidas necesarias y apropiadas para cooperar con Virginia en el mantenimiento de las competencias, derechos y libertades reservados a los Estados respectivamente, o al pueblo.

La Resolución de Virginia utiliza el concepto de «interposición» pero no indica qué forma podría tomar esta «interposición» o qué efecto tendría, aunque apela a los otros Estados y a la cooperación entre los mismos.

1.3. *La respuesta del resto de Estados de la Unión a las resoluciones de Kentucky y Virginia de 1798*. Diez Estados respondieron a las resoluciones de Kentucky y Virginia de 1798, y rechazaron la competencia de los gobiernos estatales, para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los actos del gobierno federal²⁶.

Así, por ejemplo, la Asamblea legislativa de Massachusetts afirmará estar convencida de que la decisión de los conflictos jurídicos derivados de la Constitución de los Esta-

²³ <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-17-02-0128>.

²⁴ La Asamblea de Virginia considera que el gobierno federal ha tratado de ampliar sus poderes mediante construcciones forzadas de la carta constitucional que los define. Más concretamente considera que particularmente es el caso de las *Alien y Sedition Acts* que serían infracciones manifiestas y alarmantes de la Constitución.

²⁵ La Resolución de la Asamblea termina señalando su deseo que el Gobernador de Virginia transmita una copia de la misma a la autoridad ejecutiva de cada uno de los otros Estados, con la solicitud de que las mismas se comuniquen a la Asamblea legislativa de las mismas; y que se entregue una copia a cada uno de los senadores y representantes que representan a este Estado en el Congreso de los Estados Unidos.

²⁶ Las resoluciones de Virginia y Kentucky se presentaron a los demás Estados de la Unión para su aprobación. Siete Estados respondieron formalmente a Kentucky y Virginia rechazando las Resoluciones, tres Estados aprobaron resoluciones expresando desaprobación, y otros cuatro Estados no tomaron ninguna medida.

dos Unidos, y de las leyes hechas en su cumplimiento, ha sido conferida exclusivamente a los tribunales judiciales de los Estados Unidos.

Y se señala la posible solución frente a la disconformidad estatal cuando se subraya —tras recordar que la Constitución, la ley suprema del país, no ha atribuido a las legislaturas estatales la capacidad de erigirse en jueces de los actos o medidas del gobierno federal—, que, sin embargo, les ha confiado [a las asambleas legislativas estatales] el poder de proponer enmiendas a la propia Constitución, según les parezca necesario para los intereses, o conforme a los deseos, de las personas a quienes representan. Reconduce así a la reforma constitucional, para la que los Estados tienen reconocida la iniciativa, la solución frente a lo que se considere una extralimitación competencial amparada por los tribunales federales.

Igualmente señala la Asamblea legislativa de Vermont que no corresponde a las asambleas estatales decidir sobre la constitucionalidad de las leyes hechas por el gobierno general; pues este poder recae exclusivamente en los tribunales judiciales de la Unión.

En esta misma línea para la Asamblea legislativa de New Hampshire, las legislaturas estatales no son las instituciones apropiadas para determinar la constitucionalidad de las leyes del gobierno general; pues la tarea de adoptar tal decisión se confía adecuada y exclusivamente al departamento judicial.

1.4. *La Resolución de Kentucky de 1799: la primera referencia a la nullification.* La Resolución de Kentucky de 3 de diciembre de 1799 se aprobó con la finalidad de responder a aquellos Estados que habían explícitamente rechazado su primera Resolución de 1798.

La Resolución de 1799 reitera los argumentos de la primera, pero además dispone que los *diversos Estados* firmantes del Pacto constitucional, siendo soberanos e independientes, tienen el derecho incuestionable de juzgar su infracción; y que una *nullification*/anulación, *por parte de esas soberanías*, de todos los actos no autorizados por la Constitución, es el remedio legítimo. Utiliza, así y por primera vez, explícitamente el concepto de *nullification*.

No obstante lo anterior, la Resolución de 1799 subraya que el Estado como parte del pacto federal; «se inclinará ante las leyes de la Unión», si bien no dejará de oponerse ahora, ni en el futuro, «de manera constitucional», a cada intento para violar ese pacto.

De la afirmación de que una *nullification*/anulación, por parte de esas soberanías, de todos los actos no autorizados por la Constitución, es el remedio legítimo, se ha deducido que la Resolución de 1799 ya sostenía que los efectos jurídicos de una declaración de inconstitucionalidad de la ley federal por parte de un sólo Estado era la nulidad de ésta en el territorio de aquel.

Sin embargo, es posible sostener que la Resolución de 1799 no llega tan lejos, pues para la propia Resolución, tal anulación sólo sería posible mediante una acción colectiva de los Estados. Así, en efecto, cuando se refiere al concepto de *nullification*/anulación, lo hace refiriéndose al conjunto de los Estados y no a cada Estado individual, pues se refiere a la «*nullification*, por parte de esas soberanías». Ello se refleja además en como termina la propia Resolución cuando afirma que el Estado de Kentucky se somete a las leyes de la Unión y sostiene que la oposición será por los medios constitucionales.

Tal interpretación de la Resolución supone que no estaría reconociendo la capacidad individual de cada Estado de anular el derecho federal *ultra vires* sino, más bien, una suerte de capacidad colectiva de hacerlo y se alinearía con aquella interpretación que se realizará de la Resolución de Virginia de 1798 en el denominado *Report* de 1800.

1.5. *El Virginia Report de 1800*²⁷. En enero de 1800, la Asamblea de Virginia aprobó un informe elaborado nuevamente por James Madison para responder a las críticas que había generado la Resolución de Virginia de 1798 por parte de otros Estados.

El denominado *Virginia Report* de 1800 tiene interés por el desarrollo que realiza del concepto de interposición y sus efectos²⁸.

En efecto, tras recordar que el resto de los Estados han sostenido que corresponde al poder judicial de los Estados Unidos, y no a las asambleas legislativas estatales, declarar que una acción federal es inconstitucional, reitera la postura de que los Estados tienen el derecho de declarar que una acción federal es inconstitucional.

Ahora bien, tal declaración realizada por las asambleas legislativas estatales es una expresión de opinión, que no lleva aparejada ningún otro efecto, más que el que puede producir en el receptor de la misma, incitando a la reflexión. El informe reconoce que las decisiones judiciales, sin embargo, tienen fuerza y efecto inmediatos. Así, mientras que la declaración de una Asamblea legislativa estatal puede conducir a un cambio en la expresión legislativa de la voluntad general [en el Congreso federal]; o un cambio en la opinión del propio poder judicial federal, las decisiones de los tribunales federales hacen cumplir la voluntad general, mientras esa voluntad y esa opinión continúen sin cambios.

De acuerdo con el *Report* de 1800, en la Resolución de Virginia de 1798 declarando que los actos federales son inconstitucionales, y proponiendo comunicar la declaración a los otros Estados, no se extraía consecuencia jurídica alguna de tal declaración. Así, el Informe señala específicamente aquellos medios que podrían haber sido empleados

²⁷ <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-17-02-0202>.

²⁸ El Informe de 1800 tiene interés por una segunda razón y es la concreción de los supuestos en los que se puede producir una declaración de exlimitación constitucional de un poder federal por un órgano estatal. Recuerda el Report que la interposición por las partes firmantes del Pacto, en su capacidad soberana, sólo puede producirse en aquellas ocasiones que el incumplimiento del pacto afecte profunda y esencialmente a los principios vitales del sistema político.

La resolución de Virginia de 1798, por lo tanto, se ha protegido contra cualquier interpretación errónea de su objeto, al requerir expresamente, para tal interposición, «el caso de una violación deliberada manifiesta y peligrosa de la Constitución, por el ejercicio de poderes no otorgados por ella». Debe ser un caso de una naturaleza peligrosa para los grandes propósitos para los cuales se estableció la Constitución. Y debe ser un caso, además, no oscuro o dudoso en su construcción, sino claro y manifiesto. Los términos del Informe evocan algunas exigencias recogidas en la doctrina del Tribunal Constitucional federal alemán en el asunto *Honeywell* relativo a los supuestos de actuación *ultra vires* de la Unión Europea.

Pero la Resolución de 1798 ha hecho más que protegerse contra una errónea interpretación, al referirse expresamente a casos de naturaleza deliberada, manifiesta y peligrosa. Especifica el objeto de la interposición, que debe ser únicamente el de detener la usurpación y el mantenimiento de las competencias, los derechos y las libertades, pertenecientes a los Estados como partes de la Constitución.

estrictamente dentro de los límites de la Constitución frente a un acto inconstitucional del Congreso federal avalado por el poder judicial federal.

En efecto, las legislaturas estatales podrían haber planteado una iniciativa directa ante el Congreso de los Estados Unidos, con el fin de obtener una revocación de los dos actos inconstitucionales; o bien podrían haber indicado a sus respectivos senadores en el Congreso su deseo de que dos tercios de los mismos propusieran una enmienda a la Constitución, o dos tercios de los propios Estados, si esa hubiera sido su opción, podrían, mediante una solicitud al Congreso, haber conseguido un convención constitucional con el mismo objeto²⁹.

Con posterioridad, el propio Madison, redactor tanto de la Resolución de Virginia de 1798 como del *Report* de 1800, en sus *Notes On Nullification* de 1834³⁰, y ante las interpretaciones que se hicieron de aquellos primeros documentos a raíz de la declaración de *nullification* de 1832 llevada a cabo por la Asamblea legislativa de Carolina del Sur, reiteró que un Estado individual no tiene derecho a declarar nula y sin efecto una ley federal. Para Madison el concepto de «interposición» recogido en la Resolución de Virginia de 1798 suponía apelar a la necesidad de una acción colectiva de los Estados, no un rechazo de un Estado individual al cumplimiento de la ley federal³¹.

Madison niega, así, efectos jurídicos a la declaración estatal de inconstitucionalidad de una norma federal y considera que la propia Constitución ha previsto mecanismos para responder de manera colectiva a tal situación. Estos mecanismos serían fundamentalmente dos: proponer la reforma de las normas federales consideradas inconstitucionales por un determinado Estado o proponer la reforma constitucional.

La cuestión de la capacidad de las instituciones estatales para declarar la inconstitucionalidad de las normas federales y los efectos de tal declaración se volverá a suscitar a lo largo de la historia norteamericana en sucesivas ocasiones.

²⁹ La Constitución Americana de 1787 contempla un procedimiento expreso de reforma en su artículo VI cuando dispone:

«Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, o bien, a solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los distintos Estados, convocará una convención con el objeto de que proponga enmiendas, las cuales, en uno y otro caso, poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución, desde todos los puntos de vista y para cualesquiera fines, una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según que el Congreso haya propuesto uno u otro modo de hacer la ratificación, y a condición de que antes del año de mil ochocientos ocho no podrá hacerse ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero y de que a ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado».

³⁰ <https://founders.archives.gov/documents/Madison/99-02-02-3190>.

³¹ Madison argumentó que un Estado, después de declarar que una ley federal es inconstitucional, podría tomar medidas comunicándose con otros Estados, intentando obtener su apoyo, solicitando al Congreso que derogue la ley en cuestión, presentando enmiendas a la Constitución en el Congreso o convocando a una convención constitucional.

2. *THE NULLIFICATION CRISIS* DE 1832. LA AFIRMACIÓN DE LA CAPACIDAD INDIVIDUAL ESTATAL DE ANULAR LOS EFECTOS DE LAS LEYES FEDERALES

En 1828³² y 1832³³, el Congreso de los Estados Unidos aprobó una serie de aranceles diseñados para proteger la economía industrial del norte frente a la competencia extranjera³⁴.

El vicepresidente federal John C. Calhoun, originario de Carolina del Sur, se opuso vehementemente a los referidos aranceles y en diciembre de 1828, escribió en secreto un panfleto titulado *South Caroline exposition and protest* en su contra.

De acuerdo con el texto de Calhoun no es posible negar a los Estados el derecho a decidir sobre las infracciones de aquellos poderes que han consentido en delegar al Congreso, y el remedio adecuado que se aplicaría para la corrección de tales infracciones. El derecho de juzgar tales extralimitaciones competenciales, en tales casos, es un atributo esencial de la soberanía, del cual los Estados no pueden ser despojados sin perder esta, y ser reducidos a meras instituciones subordinadas. De hecho, dividir el poder y otorgar a una de las partes el derecho exclusivo de juzgar el cumplimiento de lo asignado a cada uno, en realidad, no es dividirlo en absoluto; y reservar ese derecho exclusivo al Gobierno federal, supone convertirlo, de hecho, en un Gobierno con poderes ilimitados, y despojar a los Estados, en realidad, de todos sus derechos. Así para Calhoun, el derecho de los Estados federados a juzgar las extralimitaciones competenciales del Congreso federal se derivaría de la soberanía de los Estados e implicaría un veto o control sobre la acción del Gobierno General. Por tanto, sería una protección efectiva para la minoría, contra la opresión de la mayoría.

El 24 de noviembre de 1832, la Asamblea legislativa de Carolina del Sur aprobó una Ordenanza de anulación, por la que declaró los aranceles establecidos por las leyes federales de 1828 y 1832 inconstitucionales y, por lo tanto, nulos y sin efecto.

Para el legislativo estatal, el Congreso de los Estados Unidos se habría excedido de su competencia constitucional para imponer impuestos y recaudar ingresos y por ello declara que los actos del Congreso no se encuentran amparados por la Constitución de los Estados Unidos, y violan el verdadero significado y la intención de la misma y, por ello, son nulos y sin efecto, no son ley, «no son vinculantes para este Estado, sus funcionarios o sus ciudadanos»³⁵. Se da así un paso adicional respecto a las resoluciones estatales ya

³² Sus detractores del Sur la denominaron «*Tariff of Abominations*» por los efectos que tuvo sobre la economía del sur. El objetivo principal del arancel era proteger las industrias del Norte al gravar los bienes procedentes de Europa con un impuesto del 38% sobre algunos bienes importados y un impuesto del 45% sobre ciertas materias primas importadas. Los Estados del Sur se posicionaron en contra pues tendrían que pagar más por los bienes importados de Europa y se podrían ver perjudicados al poder verse reducidas las exportaciones de algodón a Inglaterra. El arancel favorecería la industria del norte sobre el comercio y la agricultura del sur.

³³ La norma de 1832 redujo los aranceles existentes para remediar el conflicto creado por el arancel de 1828, pero Carolina del Sur lo siguió considerando inconstitucional.

³⁴ En el texto igualmente se consideró que un Estado tiene la capacidad de vetar, o anular, un acto del gobierno federal, pues tal veto se encuentra sometido al control de $\frac{3}{4}$ de los Estados, pues cabe que estos mediante reforma constitucional decidan sobre la cuestión.

³⁵ La ordenanza disponía, adicionalmente, que no sería legal que ninguna autoridad, ya sea de este Estado o de los Estados Unidos, haga cumplir el pago de los deberes impuestos por dichos actos federales dentro de los límites de este Estado; y será deber de la Asamblea legislativa adoptar las medidas y aprobar los

analizadas de finales del siglo XVIII, pues se declara la falta de vinculatoriedad de las disposiciones federales *ultra vires* para los funcionarios y ciudadanos del Estado.

No se trataba de negar la supremacía de las leyes federales, sino más bien de poner en entredicho la exclusividad de la revisión judicial federal como mecanismo para determinar la conformidad de esas leyes con el principio de atribución constitucional.

La Asamblea legislativa de Carolina del Sur advierte de que cualquier acto por parte del Gobierno federal para obligar al Estado a cumplir las disposiciones federales que se declaran nulas y sin efecto por la Ordenanza de *nullification* será incompatible con la permanencia de Carolina del Sur en la Unión, y «el pueblo de este Estado en lo sucesivo quedará liberado de toda obligación de mantener y preservar su vinculación política con los pueblos de los otros Estados, e inmediatamente procederá a organizar un gobierno separado y a hacer todo aquello que los Estados soberanos e independientes pueden hacer por derecho». Se amenaza así con la ruptura del pacto constitucional y con la secesión ante cualquier reacción federal para imponer una norma federal que el legislativo federal considera *ultra vires*.

La Declaración de Carolina del Sur de 1832 fue mucho más allá que la declaración de Kentucky de 1799 en la interpretación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma federal por un legislativo estatal al considerar que un Estado individualmente podía privarle de efectos en su territorio. Desde entonces, se ha interpretado doctrinalmente que la anulación (*nullification*) supondría una declaración de un Estado de que una ley federal es inconstitucional acompañada de una declaración de que la ley es nula y no se puede hacer cumplir en ese Estado.

El Presidente Jackson respondió al órdago estatal con la *Nullification Proclamation* de 10 de diciembre de 1832³⁶ en la que señaló que «el poder de anular una ley de los Estados Unidos, asumida por un Estado, es incompatible con la existencia de la Unión, contradicha expresamente por la Constitución, no autorizada por su espíritu, incompatible con todos los principios sobre los que se fundó, y destruye el objetivo para el que se formó». Igualmente negó el derecho a separarse, pues «la Constitución [...] forma un gobierno, no una liga [...] Decir que cualquier Estado puede separarse de la Unión por voluntad es decir que Estados Unidos no es una nación».

Por su parte el Congreso de los Estados Unidos aprobó la *Force Bill*³⁷ por la que autorizó el uso de la fuerza militar contra cualquier Estado federado que se resistiera a las leyes arancelarias. Sin embargo, en 1833, el propio Congreso adoptó el denominado *Compromise Tariff*³⁸ que redujo los aranceles progresivamente y fue aceptado por Carolina del Sur poniendo fin a la grave crisis constitucional.

actos que sean necesarios para dar pleno efecto a esta ordenanza, y para prevenir la ejecución de los actos federales dentro de los límites de este Estado, desde y después del primer día de febrero.

Igualmente, la resolución del Legislativo prohíbe cualquier apelación ante la Corte Suprema de los Estados Unidos de aquellas decisiones adoptadas por los Tribunales estatales por las que se aplique la Ordenanza de *nullification*.

³⁶ <https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/december-10-1832-nullification-proclamation>.

³⁷ https://en.wikisource.org/wiki/Force_Bill.

³⁸ El cambio normativo fue propuesto por Henry Clay y John C. Calhoun, que recordemos que había sido el autor del panfleto *South Caroline exposition and protest*.

3. NUEVOS EPISODIOS DE *NULLIFICATION*: WISCONSIN Y LA *FUGITIVE SLAVE ACT* DE 1850

La cuestión de la *nullification* se planteó nuevamente unos años después cuando el Tribunal Supremo de Wisconsin, Estado antiesclavista, consideró inconstitucional la *Fugitive Slave Act* de 1850, norma federal que exigía que los esclavos capturados en cualquier parte de la Unión fueran devueltos a sus dueños e imponía a los funcionarios y ciudadanos de los Estados libres la obligación de cooperar para ello. El Tribunal Supremo de Wisconsin ordenó la liberación de un ciudadano en prisión que había sido procesado en un tribunal federal por la violación de la *Fugitive Slave Act*³⁹. La corte de Wisconsin declaró que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos no tenía autoridad para revisar su decisión de liberación. La Asamblea legislativa de Wisconsin aprobó una resolución en el mismo sentido declarando que una eventual revisión por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos —que en aquellos momentos venía realizando una doctrina proesclavista— de la decisión adoptada por Tribunal Supremo de Wisconsin sería nula.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos se pronunció sobre la cuestión en *Ableman v. Booth*, 62 U.S. 506 (1859) sosteniendo que la *Fugitive Slave Act* era perfectamente constitucional y el Estado no tenía la competencia para anular una ley federal o evitar que los funcionarios federales la hicieran cumplir⁴⁰.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirmó la supremacía de los tribunales federales sobre cuestiones de derecho federal. Para el Tribunal Supremo de los Estados Unidos si los poderes otorgados al Gobierno Federal pueden recibir diferentes interpretaciones en diferentes Estados, el Gobierno de los Estados Unidos pronto se convertiría en una cosa en un Estado y otra en otro. Por lo tanto, para su propia existencia como Gobierno, es esencial que se haya establecido un tribunal, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el que todos los casos relativos a la interpretación de la Constitución federal y de las leyes federales se decida de manera definitiva e incuestionable. Sin dicha autoridad judicial suprema, es obvio que no habría unifor-

³⁹ El Sr. Booth fue acusado de ayudar a escapar a un esclavo fugitivo en violación de la *Fugitive Slave Act* de 1850. Mediante un recurso de *habeas corpus*, Booth solicitó con éxito su liberación ante el Tribunal Supremo de Wisconsin. Booth fue condenado en el Tribunal Federal de Distrito de los Estados Unidos y detenido nuevamente. Booth nuevamente solicitó la liberación al Tribunal Supremo de Wisconsin, alegando que la *Fugitive Slave Act* era inconstitucional y que el Tribunal Federal de Distrito carecía de jurisdicción. Booth fue liberado nuevamente por el Tribunal Supremo de Wisconsin. El funcionario federal apeló al Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

⁴⁰ Los Estados libres del norte intentaron bloquear la aplicación de las leyes federales pro-esclavitud de 1793 y 1850, aprobando leyes de libertad personal que tenían el efecto práctico de impedir la efectividad de las normas federales. Por ejemplo, el Estado de Pensilvania promulgó una ley en 1826 por la que convirtió en delito que cualquier persona expulsase por la fuerza a una persona negra del Estado con la intención de mantenerlo o venderlo como esclavo. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos confirmó la validez de la *Fugitive Slave Act* de 1793 en el caso de *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. 539 (1842) y rechazó el argumento de Pensilvania de que el Congreso no tenía competencia constitucional para promulgar la *Fugitive Slave Act*, pues la misma se encontraba amparada por la cláusula de esclavos fugitivos de la Constitución (Artículo IV, Sección 2). El Tribunal federal determinó que la ley de libertad personal de Pensilvania era inconstitucional porque entraba en conflicto con la cláusula de esclavos fugitivos de la Constitución.

midad y que la supremacía del derecho federal proclamada en la Constitución no podría mantenerse pacíficamente.

4. EL RENACER DE LA DOCTRINA DE LA NULLIFICATION CON EL CAMBIO JURISPRUDENCIAL DE LOS AÑOS 50 DEL SIGLO XX

Las doctrinas de la *nullification* y la *interposition* resurgirán con algo de fuerza en la década de 1950 cuando los Estados del sur intenten preservar la segregación racial en sus escuelas después de que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declarase en *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) que la segregación era inconstitucional, revocando así su doctrina previa basada en el principio «separados, pero iguales»⁴¹. Una serie de Estados argumentaron que era la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos la que era inconstitucional por vulnerar los derechos de los Estados, y que los estos tenían la capacidad de evitar que esa decisión se hiciera cumplir en sus territorios⁴².

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958) recordó que la Cláusula de Supremacía del Artículo VI dispone que la Constitución de los Estados Unidos es la ley suprema del país y de acuerdo con lo afirmado en *Marbury v. Madison* (1803) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos es el intérprete final de la Constitución, por tanto, el precedente establecido en *Brown v. Board of Education* inter-

⁴¹ *Brown* revocó explícitamente la doctrina recogida en el asunto *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). En su decisión, el Tribunal concluyó que el uso de la raza para segregar a los niños blancos y negros en las escuelas públicas es una negación a los niños negros de la igual protección de las leyes garantizada por la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. La separación de los niños negros en edad escolar «únicamente por su raza», argumentó Warren, ponente de la Sentencia, «generan un sentimiento de inferioridad en cuanto a su estatus en la comunidad que puede afectar a sus corazones y a sus mentes de una manera que probablemente nunca se deshaga». Para el Tribunal Supremo «las instalaciones educativas separadas son inherentemente desiguales».

⁴² Así por ejemplo la Asamblea General de Georgia (formada por una cámara de representantes y un senado) aprobó en marzo de 1956 una resolución en la que afirmaba que los poderes del Gobierno Federal son válidos solo en la medida en que estos poderes se encuentren enumerados en el pacto constitucional suscrito por los Estados; y señalaba que el Estado de Georgia nunca habría entregado al Gobierno General su derecho a mantener escuelas públicas y otras instalaciones públicas racialmente separadas; pues el Estado de Georgia, al ratificar la Decimocuarta Enmienda a la Constitución, no estuvo de acuerdo, como tampoco lo hicieron los demás Estados que la ratificaron, en que de tal enmienda se derivara una prohibición de operar escuelas públicas u otras instalaciones públicas racialmente separadas.

De acuerdo con la Resolución de la Asamblea de Georgia de 1956, el Tribunal Supremo no fue parte del pacto, sino que es una *criatura* que surge de aquel, por lo que la determinación de una extralimitación competencial no debe ser resuelta por aquel Tribunal, que busca usurpar el poder, sino por las partes que firmaron el pacto, los respectivos Estados en los que finalmente descansaría la soberanía.

Ello le lleva a declarar que las decisiones y órdenes de la Corte Suprema de los Estados Unidos relativas a la separación de las razas en las instituciones públicas de un Estado de 1954 y 1955 son nulas, inválidas y sin fuerza o efecto; y que el Estado de Georgia tiene la firme intención de tomar todas las medidas apropiadas y constitucionales para evitar esta invasión ilegal de los derechos de su pueblo; exhortando a los demás Estados hermanos a que hagan esfuerzos firmes para evitar tal intromisión por parte del Gobierno General.

pretando la Decimocuarta Enmienda de la Constitución es la ley suprema del país y el art. VI de la Constitución hace que tenga un efecto vinculante para los Estados⁴³.

5. EL CRECIMIENTO DE LAS REFERENCIAS DE LAS AUTORIDADES ESTATALES A LA DOCTRINA DE LA *NULLIFICATION* EN LOS TIEMPOS ACTUALES

Las apelaciones al derecho de resistencia estatal frente las acciones del gobierno federal fundada en su supuesta extralimitación competencial han aumentado a medida que la polarización social y política se ha incrementado en las últimas décadas. Ello ha ocurrido en ámbitos tan variados⁴⁴ como la *Affordable Care Act* (Obamacare)⁴⁵, la legalización de la marihuana, las normas de inmigración o la normativa de control de armas⁴⁶. El mencionado aumento de la resistencia ha tenido como uno de sus reflejos más evidentes un auge de la legislación estatal que invoca la doctrina de la *nullification* para cuestionar las normas federales.

Así, a partir de la victoria de Barack Obama en 2008 se han multiplicado las iniciativas estatales que tratan de reafirmar la soberanía estatal sobre cualquier área no incluida entre los «poderes enumerados» por la Constitución. Ciertamente se ha destacado como existe una diferencia considerable en la fuerza de las diversas propuestas de *nullification* estatales presentadas en la última década. La legislación de *nullification* en la que se declaran explícitamente nulas y sin efecto las políticas federales en el Estado no son frecuentes; siendo más habituales tanto aquella legislación que no cuestiona explícitamente la constitucionalidad, sino que impide la implementación de la legislación federal en el Estado; como la legislación procesal que no impide la implementación, pero modifica las normas estatales para que no cumplan con las expectativas federales⁴⁷.

⁴³ Para el Tribunal Supremo el derecho a no ser discriminado por motivos de raza declarado en el caso *Brown* no pueden ser anulado abierta y directamente por legisladores o ejecutivos estatales o funcionarios judiciales, ni anulados indirectamente, por ellos a través de mecanismos que promuevan la segregación ya sea que se intente «ingeniosa o ingenuamente». *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958) en 17.

⁴⁴ La reivindicación de la doctrina de la *nullification* no ha sido sólo acogida por los Estados conservadores, pues tras la finalización de la presidencia de Obama algunos Estados controlados por legisladores demócratas han desafiado la legislación federal de Trump, por ejemplo, en materia de inmigración o de cambio climático.

⁴⁵ En 2011 la *House of Representatives* de Idaho habría declarado que la *Patient Protection and Affordable Health Care Act* de 2010 —conocida popularmente como «*Obamacare*»— era nula y sin efecto. En la resolución se afirmaba el «poder soberano» de Idaho para «interponerse entre los ciudadanos y gobierno federal, cuando este ha excedido su autoridad constitucional», el Senado del Estado no aprobó finalmente la resolución.

⁴⁶ Por ejemplo, a partir de 2012, más de una docena de Estados aprobaron legislación declarando que cualquier arma de fuego fabricada y retenida dentro del Estado se encuentra fuera de la competencia del Congreso para regular el comercio entre los Estados. Ello supone un intento de anular la autoridad federal sobre tales armas de fuego «locales». En el caso de Kansas en 2013 su Asamblea legislativa adoptó una norma declarando cualquier norma federal sobre armas nula y sin efecto dentro del Estado y estableciendo la posibilidad de perseguir penalmente a aquellos funcionarios federales que tratasen de implementar normas federales sobre la cuestión.

⁴⁷ Timothy Herbert Callaghan en <https://scholars.org/contribution/nullification-growing-form-resistance-federal-government-us-states>.

IV. El fundamento de la doctrina de la *nullification*: la soberanía de los estados

El derecho de un Estado federado a interponer sus poderes soberanos contra la intromisión del Gobierno Federal en sus competencias se viene fundando en la asunción de las siguientes ideas⁴⁸.

«Primera, que cuando las colonias se independizaron de Gran Bretaña, se convirtieron precisamente en lo que declararon ser: Estados libres e independientes.

Segunda, que, al unirse bajo los Artículos de la Confederación, y más tarde bajo la Constitución de 1787, los Estados actuaron como Estados separados e individuales.

Tercera, que cada pueblo de los Estados, al aceptar el pacto constitucional, ha delegado solo ciertos poderes enumerados al gobierno general, y ha reservado todos los demás poderes a sus Estados o a sí mismos.

Cuarta, que cuando el gobierno general usurpa poderes no delegados, los Estados tienen el derecho inalienable de interponer sus poderes soberanos para detener el progreso del mal.

Quinta, que la cuestión de tal usurpación no puede ser decidida por una agencia del gobierno general (el Tribunal Supremo de los Estados Unidos), sino que solo pueden ser decididos por los propios Estados como partes del pacto».

Frente a tal concepción se opone aquella otra que se funda en que «la Constitución de los Estados Unidos fue ordenada y establecida, no por los Estados en su capacidad soberana, sino enfáticamente, como declara el preámbulo de la constitución, por “el pueblo de los Estados Unidos”»⁴⁹.

En esta línea, en enero de 1830, y en plena crisis de la *nullification* en Carolina del Sur, el Senador Webster argumentó que el pueblo estadounidense había creado la Unión para promover el bien del conjunto, frente a la idea del Senador Hayne de Carolina del Sur de que los Estados soberanos e independientes habían creado la Unión para promover sus intereses particulares. Mientras que para Hayne los Estados retuvieron la autoridad para anular la ley federal, Webster sostuvo que la ley federal expresaba la voluntad del pueblo estadounidense y que una minoría, el pueblo de un Estado, no podía anularla⁵⁰.

⁴⁸ Tal como se enumeran en el documento *The doctrine of interposition, its history and application: a report on Senate joint resolution 3, General Assembly of Virginia, 1956 [interposing the sovereignty of Virginia against encroachment upon the reserved powers of this State] and related matters*.

⁴⁹ *Martin v. Hunter's Lessee* 14 U.S. 304 (1816).

⁵⁰ Webster señalaba en su discurso en el Senado en 1830 la necesidad de determinar el origen del gobierno federal y la fuente de su poder. «¿De quién es agente el gobierno general? ¿Es la criatura de las legislaturas estatales o la criatura del pueblo [de los Estados Unidos]? Si el gobierno de los Estados Unidos es el agente de los gobiernos estatales, entonces pueden controlarlo, siempre que puedan acordar la forma de controlarlo; si es el agente del pueblo norteamericano, entonces solo el pueblo de los Estados Unidos puede controlarlo, restringirlo, modificarlo o reformarlo. Webster consideraba que la concepción del Senador Hayne llevaba a la necesidad de mantener, no solo que el gobierno general es la criatura de los Estados, sino que es la criatura de cada uno de los Estados; para que cada uno pueda detentar el poder, por sí mismo, de

Así, en el debate jurídico norteamericano la identificación de quién es el sujeto soberano que ha creado la Constitución federal es clave para determinar ante que tipo de Unión nos encontramos.

Si el sujeto soberano es el pueblo de los Estados Unidos, entonces no cabe que los Estados federados puedan proceder a la *nullification* de la legislación federal, si el sujeto soberano son los Estados entonces cabría considerar la capacidad de estos de proceder a un control de los excesos competenciales federales mediante su *nullification*.

No obstante lo anterior, ciertos sectores doctrinales han destacado que existiría una tercera opción que permitiría asumir la capacidad de los Estados de proceder a un control de los excesos competenciales federales, pero no mediante la *nullification* individual de la normativa federal.

En efecto, bajo la visión de James Madison, la soberanía reside en los pueblos de los Estados actuando colectivamente —y no independientemente como Estados individuales. Ello supone que el soberano —los pueblos de los Estados— puede recurrir a aquellos procedimientos constitucionales para reparar cualquier exceso del gobierno federal. Los procedimientos constitucionales van desde el planteamiento de una iniciativa directa ante el Congreso, con el fin de obtener una revocación de aquellos actos considerados inconstitucionales; a indicar a sus respectivos senadores en el Congreso su deseo de que dos tercios de los mismos propusieran una enmienda a la Constitución, o dos tercios de los propios Estados, si esa hubiera sido su opción, podrían, mediante una solicitud al Congreso, haber conseguido una convención constitucional para el mismo objeto. Para Madison el concepto de «interposición» suponía apelar a una acción colectiva de los Estados, no un rechazo de un Estado individual al cumplimiento de una ley federal⁵¹.

determinar si el gobierno general actúa dentro de los límites de su autoridad. Este es el sirviente de veinticuatro amos, de diferentes voluntades y propósitos diferentes, y sin embargo está obligado a obedecer a todos. Este absurdo (porque no parece menos) surge de una idea errónea sobre el origen de este gobierno y su verdadero carácter. Es, señor, la Constitución del pueblo, el gobierno del pueblo; hecho para el pueblo; hecho por el pueblo; y responsable ante el pueblo. El pueblo de los Estados Unidos ha declarado que esta Constitución será la Ley Suprema».

Para Webster un pacto entre los Estados fue lo que caracterizó la antigua Confederación. «La Confederación era, en rigor, un pacto; los Estados, como Estados, eran partes en él. No teníamos otro gobierno general. Pero el pueblo no estaba satisfecho con aquel sistema y se comprometió a establecer una mejor. Se comprometieron a formar un gobierno general, que debería tener una nueva base, no una confederación, ni una liga, ni un pacto entre Estados, sino una Constitución; un gobierno popular, fundado en elecciones populares, directamente responsable ante el pueblo mismo, y dividido en ramas, con límites de poder y deberes prescritos».

⁵¹ Madison argumentó que un Estado, después de declarar que una ley federal es inconstitucional, podría tomar medidas comunicándose con otros Estados, intentando obtener su apoyo, solicitando al Congreso que derogue la ley en cuestión, presentando enmiendas a la Constitución en el Congreso o convocando a una convención constitucional.

EN TORNO A LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LUIS POMED

Letrado del Tribunal Constitucional

El artículo 2.2 de su Ley Orgánica permite al Tribunal Constitucional dictar reglamentos «sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, dentro del ámbito de la presente Ley». El precepto se completa con la atribución en exclusiva de la potestad reglamentaria al Pleno y con la previsión de que los reglamentos habrán de publicarse en el diario oficial, *autorizados* por el presidente del Tribunal.

Se configura así una potestad de aprobación de normas secundarias que entendemos limitada a la aprobación de reglamentos estrictamente administrativos, por las razones que luego se expondrán. Una potestad, en todo caso, que no se atribuye al Tribunal en tanto que «jurisdicción no judicial», sino en garantía —cabe decir, como complemento de garantía— de la autonomía institucional que le es propia en tanto que órgano constitucional.

Las páginas que siguen ofrecen una aproximación al ejercicio de esta potestad reglamentaria por el Tribunal Constitucional. Tras un breve repaso al panorama que ofrecen en nuestro Derecho los reglamentos de órganos constitucionales y órganos con relevancia constitucional, se examinará el fundamento de la potestad reglamentaria reconocida al Tribunal, que, como ya se ha indicado, entendemos complemento de su autonomía institucional. Finalmente, examinaremos los distintos supuestos en los que el Tribunal ha ejercido esta potestad, dedicando particular atención a los reglamentos de organización y personal que se han sucedido y ofreciendo una propuesta tipológica para el resto de reglamentos.

I. Reglamentos de órganos constitucionales y órganos con relevancia constitucional

Tras perfilar sucintamente una tipología de reglamentos existentes en el Derecho italiano de la época, Santi Romano, al preguntarse por el fundamento de la potestad reglamentaria avanzaba que «el título y fundamento de la potestad reglamentaria (*facoltà regolamentare*) no puede ser único para todos los (tipos de) reglamentos de los que se ha hecho mención»¹. La misma cautela de la que hiciera gala el iuspublicista palermi-

¹ Santi Romano, *Il Diritto pubblico italiano*, p. 256, cito por la edición de Giuffrè Editore, Milán, 1988. En esta obra, de 1914, el jurista siciliano se había alejado de la tesis de la discrecionalidad como fun-

tano debe observarse al preguntarnos por el fundamento de la potestad reglamentaria en el Derecho público español actual.

En efecto, la titularidad del poder de creación de normas jurídicas en nuestro ordenamiento sirve esencialmente a dos grandes propósitos: una función directiva y la realización del principio de autonomía institucional. Esta es la conclusión que podemos extraer del examen de la distribución de ese poder entre los diferentes órganos constitucionales y de relevancia constitucional, así como su plasmación en el bloque de constitucionalidad.

1. POTESTAD REGLAMENTARIA Y FUNCIÓN DIRECTIVA

La potestad reglamentaria originaria se atribuye por el art. 97 CE al Gobierno, en tanto que órgano titular no solo de la función ejecutiva, sino también de la función directiva de la política interior y exterior. Se nos presenta así la potestad reglamentaria como un poder de emanación de normas secundarias no exclusivamente incardinado en el ejercicio de la función ejecutiva y que puede, por eso mismo, reconducirse a la *función directiva*².

Esa misma incardinación en la función directiva puede deducirse del tratamiento de la potestad reglamentaria en los estatutos de autonomía. Dos son las notas que caracterizan ese tratamiento en los primeros estatutos de autonomía: Por una parte, la escasa atención prestada a la potestad reglamentaria del Gobierno autonómico, hasta el punto de que la única referencia expresa a su existencia debe buscarse en los preceptos dedicados al control de los poderes autonómicos³. Por otra, y en franco contraste

damento de la potestad reglamentaria, sin abrazar la tesis de la autonomía, de la que se mostraría partidario en su *Corso di Diritto amministrativo* de 1930 (al respecto, *vid.* Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 717).

² Acerca, específicamente, de la función directiva en el campo del Derecho Administrativo, *vid.* Eberhard Schmidt-Assmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 27 y ss., donde el autor caracteriza la que denomina *ciencia del Derecho Administrativo* como «ciencia de dirección o vertebración».

³ Tanto el art. 29 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (EAPV), como el art. 37.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) aprobado por la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, definían al Ejecutivo autonómico como «órgano colegiado [“de gobierno” en el Estatuto de Cataluña] que ostenta [“con” en el Estatuto de Cataluña] las funciones ejecutivas y administrativas», sin mención expresa alguna a la potestad reglamentaria. Una potestad que pasaba a primer plano al mencionar los controles a los que se sujetaban los poderes autonómicos, de modo que tanto el art. 38.3 EAPV, como el art. 40.2 EAC, proclamaban, de conformidad con lo dispuesto en el art. 153 c) CE, que las «normas reglamentarias emanadas de los órganos ejecutivos y administrativos» autonómicos quedaban sujetas a la fiscalización por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Ciertamente, el art. 25.2 EAC añadía otra referencia a la potestad reglamentaria al señalar que «en el ejercicio de sus competencias exclusivas corresponde a la Generalidad, según proceda, la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, incluida la inspección». Esta distinción, quizás demasiado tajante, entre potestad reglamentaria y función ejecutiva, no impidió que Javier Salas, «Los poderes normativos de la Generalitat de Cataluña», *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 205 (1980), pp. 40 y ss., dedujera de la atribución de la función ejecutiva al Gobierno autonómico el reconocimiento de la titularidad de una potestad reglamentaria originaria. En el vigente Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, su art. 68.1 ya precisa que el Gobierno

con lo anterior, el reconocimiento, en el art. 41.2 EAPV de una auténtica reserva de reglamento en favor de las instituciones de los territorios históricos en materia tributaria.

Por lo que respecta a los entes locales, el legislador básico, en coherencia con el alcance de sus competencias, ha reconocido exclusivamente la titularidad de la potestad reglamentaria a municipios, provincias e islas, «en su calidad de administraciones públicas de carácter territorial» con autonomía constitucionalmente reconocida, y esa potestad se reconoce juntamente con la de autoorganización en el art. 4.1 a) de la Ley de bases del régimen local. Esta mención conjunta y la distinta naturaleza de la autonomía de la que gozan los entes locales *ex* art. 137 CE, llevan a primar la autonomía como fundamento de la atribución de potestad reglamentaria por encima de una potestad de dirección de la que solo muy limitadamente participan, como muestra bien a las claras la consideración tradicional del ejercicio de la potestad plena de planeamiento urbanístico como una tarea conjunta de instancias locales, en este caso municipales, y supralocales⁴.

2. LOS REGLAMENTOS PARLAMENTARIOS: FUNCIÓN ORDENADORA Y PRESERVACIÓN DE LA AUTONOMÍA INSTITUCIONAL

En el caso del Parlamento, en rigor, de los parlamentos en nuestro sistema constitucional, su reglamento cumple una *función ordenadora* de la vida interna de las cámaras. Una función que se corresponde con la autonomía institucional como fundamento de la atribución de un poder normativo específico, aquí para la ordenación de los procedimientos parlamentarios.

Como es bien sabido, el reglamento no agota esa función ordenadora, a la que también atienden las normas complementarias y las resoluciones interpretativas⁵. Bien entendido que entre el reglamento y estas normas y resoluciones media una gran diferencia de naturaleza y posición ordinamental. Por una parte, los reglamentos parlamentarios pueden ser parámetro de validez de las leyes cuando pueden ser considerados como normas primarias «interpuestas entre la Constitución y las leyes» (STC 226/2004, de 29 de noviembre, FJ 2).

de la Generalidad «ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con el presente Estatuto y las leyes».

⁴ En relación con la potestad reglamentaria municipal, es obligada la cita de Antonio Embid Irujo, *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1978.

⁵ Respecto de la aprobación de las resoluciones supletorias e interpretativas, el art. 32.2 del Reglamento del Congreso atribuye esa función al presidente de la Cámara, quien, si tuviera que dictar «una resolución de carácter general», habrá de solicitar el concurso de la mesa y de la junta de portavoces. Por su parte, el art. 37.7 del Reglamento del Senado encomienda la interpretación al presidente, a quien le corresponde, igualmente, «suplir, de acuerdo con la Mesa de la Comisión de Reglamento, las lagunas de este» (art. 37.8).

Por otra, los reglamentos son normas constitucionalmente necesarias cuya aprobación requiere del voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la cámara en garantía de los derechos de las minorías (STC 44/1995, de 13 de febrero, FJ 3).

«Los Reglamentos parlamentarios cumplen una función de ordenación interna de la vida de las Cámaras íntimamente vinculada a la naturaleza representativa y al pluralismo político (arts. 66.1 y 1.1 CE) del que tales órganos son expresión y reflejo. [...]

En consecuencia, las demás normas intraparlamentarias dictadas por los órganos competentes de la Cámara encuentran su límite en el Reglamento mismo al que interpretan o suplen, de suerte que, a su través, no es jurídicamente lícito proceder a una modificación del Reglamento, sustrayendo esa decisión al Pleno de la Cámara y obviando, además, el requisito de la mayoría absoluta que, para su reforma, establecen la Constitución, los Estatutos de Autonomía y normas de desarrollo directo de los mismos. Por ello mismo, cuando el art. 23.2 de la Constitución reconoce a los representantes políticos el derecho de acceder y permanecer en su cargo en condiciones de igualdad “con arreglo a lo dispuesto en las leyes”, ese derecho a un ejercicio igual de sus funciones dentro de la legalidad parlamentaria, no puede desvincularse de la reserva constitucional o estatutaria de Reglamento, pues como se declaró en la STC 119/1990 “aun aceptando la hipótesis de un uso normativo preexistente, es evidente que tal uso no genera normas con rango ley, que es el exigido por el art. 23.2 de la Constitución para establecer condiciones o requisitos en el acceso a los cargos públicos y más generalmente, por el art. 53.1 de la misma, para regular el ejercicio de los derechos fundamentales” (fundamento jurídico 4). De este modo, aquellas disposiciones parlamentarias que, dictadas *ultra vires*, lejos de suplir o interpretar el Reglamento, manifiestamente innoven o contradigan sus contenidos, implican no sólo una quiebra de la apuntada reserva reglamentaria, sino también una vulneración del citado derecho fundamental» (*ibidem*).

Sucede, sin embargo, que sobre el acuerdo inicial y laboriosamente alcanzado en torno a las reglas que debían conformar el reglamento para la organización y funcionamiento de nuestro Parlamento, se ha ido alzando una «nebulosa normativa que frecuentemente levita sobre el espacio en el que se desenvuelve la autonomía parlamentaria [y que] se ve aumentada por la ausencia de un criterio asentado acerca del alcance de la potestad normativa autónoma que el Parlamento ejerce mediante la aprobación de su propio Reglamento»⁶. Siendo conscientes de esa indefinición, habremos de serlo, igualmente, de que existe una bien fundada doctrina constitucional que nos advierte que «la autonomía organizativa de las Cámaras (art. 72.1 CE) no cobija una potestad normadora de carácter genérico. Antes bien, como prerrogativa constitucional al ser-

⁶ Juan Antonio Martínez Corral, «La autonomía parlamentaria en el marco constitucional: una mirada crítica», p. 181, *Corts. Anuari de Dret Parlamentari, número extraordinari 40 aniversari de la Constitució Espanyola*, núm. 31 (2018). En relación con la inacabada tarea de reformar y adaptar los reglamentos parlamentarios a las cambiantes exigencias de una sociedad inestable, *vid.* Ignacio Astarloa Huarte-Mendi-coa, *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*, Fundación Alfonso Martín Escudero-Iustel, Madrid, 2017, pp. 205 y ss.

vicio de su independencia frente a eventuales injerencias de otros poderes del Estado, dicha potestad normativa interna se proyecta exclusivamente sobre el ámbito material que determina el propio art. 72.1 CE» (STC 121/1997, de 1 de julio, FJ 10, en esta ocasión en relación con el Estatuto del personal de las Cortes Generales).

Consecuentemente, en el caso de las cámaras parlamentarias, la Constitución y los estatutos de autonomía les encomiendan la aprobación de unas normas, con valor —que no fuerza— de ley, que cumplen una función ordenadora de su actividad, preservando así su autonomía institucional frente a otros poderes públicos⁷.

3. POTESTAD REGLAMENTARIA Y AUTONOMÍA INSTITUCIONAL

La autonomía como fundamento último de la atribución de potestad reglamentaria se aprecia especialmente en los órganos constitucionales y de relevancia constitucional a los que no se atribuye el desempeño de una función directiva autónoma.

a) Así sucede, en primer lugar, en el caso del Consejo General del Poder Judicial, órgano gubernativo al que se atribuye el ejercicio de la potestad reglamentaria «en el marco estricto de desarrollo de las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial» en una docena de materias específicamente enumeradas en el art. 560.1.16 de esa misma Ley Orgánica del Poder Judicial⁸. Enumeración, por cierto, que no tiene carácter exhaustivo pues fuera de ella se atribuye al Consejo potestad para regular la estructura y funcionamiento de la Escuela Judicial (arts. 560.1.11 y 617 LOPJ), o aprobar «reglamentariamente» los planes de formación continuada de la carrera judicial (art. 433 *bis* LOPJ).

Coherentemente con el hecho de que el fundamento de la potestad reglamentaria del Consejo sea la preservación de la autonomía institucional de este órgano [patente en la atribución de esa potestad respecto de la «organización y funcionamiento», así

⁷ Como acertadamente sintetizara en su día Alberto Arce Janáriz, en su comentario al artículo 42 en Juan Luis Requejo Pagés (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, p. 659, «tendrán valor de ley los actos parlamentarios normativos que, producidos al margen del procedimiento legislativo, son llamados por la Constitución o los Estatutos de Autonomía, y con el fin de proteger la autonomía de las Cámaras, para reemplazar a la ley, frente a la que tienen fuerza pasiva». En cuanto a la imposibilidad de predicar la fuerza de ley de los reglamentos parlamentarios, así como del Estatuto del Personal, *vid.*, por todos, Francisco Rubio Llorente, «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, p. 422.

⁸ En general, con respecto a la potestad reglamentaria del Consejo, *vid.*, por todos, José María Porras Ramírez, «Fundamento, naturaleza, extensión y límites de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87 (1995), pp. 239 y ss., quien sostiene que la atribución de esta potestad es «inherente a la condición de su titular de órgano constitucional»; José Folguera Crespo, «La potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 62 (2001), pp. 313 y ss.; Mariano Bacigalupo Saggese, «La potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17 (2003), pp. 17 y ss., y María Fraile Ortíz, «La “nueva” potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial en la LO 4/2013: La reforma que no fue», en Luis Aguiar De Luque (ed.), *Independencia judicial y Estado constitucional: el gobierno judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 135 y ss.

como del personal del Consejo, letras a) y b) del art. 560.1.16 y 627 LOPJ⁹] y del complejo de órganos jurisdiccionales, así como de quienes ejercen en ellos la potestad jurisdiccional¹⁰, la propia LOPJ se cuida de establecer un límite infranqueable, expresado en estos términos en el art. 560.1.16 *in fine* LOPJ: «En ningún caso, las disposiciones reglamentarias del Consejo General del Poder Judicial podrán afectar o regular directa o indirectamente los derechos y deberes de personas ajenas al mismo»¹¹.

b) El art. 3 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas hace derivar la potestad reglamentaria de la competencia para el gobierno y régimen interior («El Tribunal de Cuentas tiene competencia para todo lo concerniente al gobierno y régimen interior del mismo y al personal a su servicio y podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el estatuto de su personal y servicios dentro del ámbito de la presente ley y de la de ordenación de su funcionamiento») y de la ordenación de su propio personal («También podrá dictar reglamentos en desarrollo, aplicación y ejecución de su Ley de Funcionamiento para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar en todo lo relativo al Estatuto del personal a su servicio»). Más allá de que el art. 3.3 reproduzca las limitadas previsiones procedimentales del art. 3.3 LOTC («Los reglamentos deberán ser aprobados por el Pleno [del Tribunal de Cuentas] y se publicarán en el Boletín Oficial del Estado, autorizados por su presidente», el art. 44 remite a la ley de funcionamiento la regulación de esta materia.

Por lo que ahora estrictamente interesa, cumple recordar que, en desarrollo de esta previsión, la disposición final segunda de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, preveía la remisión, en un plazo de tres meses, del proyecto de reglamento de régimen interior a la Comisión Mixta Congreso-Senado para su aprobación definitiva por este órgano parlamentario. Pues bien, treinta y seis años después esta previsión legal permanece inédita pues ni tan siquiera se ha llegado a aprobar el proyecto de reglamento.

⁹ El contenido necesario del Reglamento de organización y funcionamiento resulta, entre otras previsiones, de lo dispuesto en los arts. 594.5 (estructura del Gabinete de Presidencia), 601.3 (sustitución de vocales de la Comisión Permanente del Consejo), 612.3.4 (asignación de funciones a la Secretaría General), 616.2 (composición del Gabinete Técnico del Consejo), 623 (funciones de los letrados del Consejo), o 626 (asignación de puestos técnicos a funcionarios pertenecientes a otros cuerpos). Llama la atención el confuso deslinde competencial del art. 611, donde se atribuye al Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo la determinación del número de órganos técnicos, «así como la estructura, funciones y forma de nombramiento de sus integrantes», asignándose al Reglamento de personal la definición de «la composición y, en su caso, el número de integrantes de los distintos órganos técnicos» (apartados segundo y tercero, respectivamente).

¹⁰ Como es sabido, la consideración del Consejo como órgano de garantía de la independencia judicial sirve, en la STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 7, de fundamento explicativo de la asignación de potestades y atribuciones, situándolas fuera de la esfera de acción discrecional del Gobierno.

¹¹ La LOPJ contiene diversas previsiones sobre el procedimiento de elaboración de reglamentos. Así, contempla la audiencia de las asociaciones profesionales de jueces y magistrados y de otras asociaciones «que tengan reconocida legalmente representación de intereses a los que pueda afectar», de las administraciones y del Ministerio Fiscal (art. 560.2); el art. 599.1.7 reserva el ejercicio de la potestad reglamentaria al Pleno del Consejo y el art. 635 ordena la publicación en el Boletín Oficial del Estado de los reglamentos.

c) Nada dice la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, acerca de a quién compete su desarrollo reglamentario. Este silencio legal se ha suplido con la aprobación del Reglamento de organización y funcionamiento por las mesas del Congreso y del Senado, en reunión conjunta de 6 de abril de 1983, a propuesta del Defensor del Pueblo. Posteriormente, la creación, por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo, de una Comisión mixta Congreso-Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo, obligó a una modificación del Reglamento; de igual modo, el 25 de enero de 2012 el Reglamento fue nuevamente reformado para adaptarlo a la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que encomienda al Defensor del Pueblo las funciones de mecanismo nacional de prevención de la tortura.

d) Al igual que en el caso del Tribunal de Cuentas, la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, atribuye al Consejo de Estado la competencia exclusiva para la elaboración del reglamento orgánico (disposición final tercera). De acuerdo con la disposición final cuarta de esta misma ley, a la entrada en vigor del Reglamento orgánico —que tuvo lugar el 19 de septiembre de 1980—, quedaban automáticamente derogados los preceptos subsistentes de la ley orgánica de 25 de noviembre de 1944¹².

II. Fundamento y alcance de la potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 88 CE, el proyecto de la futura Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, venía precedido de una sucinta exposición de motivos, que decayó durante la tramitación parlamentaria¹³.

¹² El Reglamento orgánico fue aprobado mediante Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio; publicado en el diario oficial de 30 de agosto, entró en vigor, como ya se ha indicado en el texto, el siguiente 19 de septiembre. Como consecuencia de la estimación de los recursos de reposición interpuestos por los letrados del Consejo don Eduardo García de Enterría, don Manuel Acedo-Rico y don José Antonio García Trevijano y Fos, por orden de 18 de septiembre de 1981, quedó sin efecto el inciso final del art. 69 del Reglamento, que excluía del cómputo de la antigüedad, a efectos de ascenso a la condición de letrado mayor, el tiempo que se hubiera permanecido en la situación de excedencia voluntaria. El Reglamento orgánico fue objeto de una primera modificación por Real Decreto 1405/1990, de 16 de noviembre, que afectó a la regulación del procedimiento de acceso al cuerpo de letrados (arts. 48.2 y 50). Este último precepto, que versa sobre la composición del tribunal de oposiciones, fue reformado nuevamente por el Real Decreto 990/1998, de 22 de mayo. La reforma más extensa se llevó a cabo por el Real Decreto 449/2005, de 22 de abril, en cuyo art. 3 se procede a la corrección de sendas erratas advertidas en los arts. 52.1 y 66 del texto originario de 1980 que «ha[bía]n venido siendo usualmente salvadas al verificar su interpretación y aplicación».

¹³ La exposición de motivos puede consultarse en *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. I Legislatura, Serie A, núm. 44-1, de 24 de mayo de 1979 (https://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/BOCG/A/A_044-I.PDF; último acceso el 12 de enero de 2024). La exposición de motivos desaparece ya en el informe de la Ponencia, no porque esta rechace su contenido sino por una opción metodológica, expresada del siguiente modo: «lo que parece evidente [...] es que el texto del preámbulo no puede en ningún caso redactarse hasta que la totalidad del articulado esté discutida y aprobada» (https://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/BOCG/A/A_044-I-1.PDF; último acceso, asimismo de 12 de enero de 2024). Quedaron así sin estudiar las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios Coalición Democrática (enmiendas núm. 90 a 98) y Minoría Catalana (enmiendas núm. 139 a 143). Lo cierto es, sin embargo, que ya nunca se retomó la empresa de elaborar un preámbulo de la Ley.

En esta exposición de motivos se subrayaba que la independencia del Tribunal era uno de los valores —puede afirmarse que el principal— que debieran preservarse en la regulación del nuevo órgano jurisdiccional. En aras de esa independencia, consustancial al ejercicio de la potestad jurisdiccional, se introducía el principio de no reelección inmediata; las Salas se configuraban como salas orgánicas, esto es, de composición permanente, y se proclamaba la «total independencia presupuestaria» del Tribunal. Por otro lado, el preámbulo apuntaba una sorprendente conexión práctica entre la potestad de autoorganización y la integración de las normas reguladoras de la actividad del Tribunal Constitucional, aparentemente también en materias directamente vinculadas con el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Concretamente, en el penúltimo párrafo de aquella exposición de motivos podemos leer lo siguiente:

«El procedimiento ante el Tribunal se regula de manera congruente con las funciones de éste y con el resto de nuestro ordenamiento procesal, al que dota de valor supletorio. Aunque esta fuerza supletoria de las normas procesales comunes baste muy probablemente para prevenir posibles lagunas, se dota además al Tribunal de facultades auto-organizativas para que pueda atender por sí mismo a la solución de aquellas cuestiones que las normas procedimentales por sí mismas no resuelvan».

No se aclaraba de qué modo la potestad de autoorganización puede servir para colmar las lagunas que en materia de proceso pudieran advertirse, menos aun cuando la «fuerza supletoria de las normas procesales comunes» había sido hasta entonces suficiente para el desempeño de tal función en los restantes órdenes jurisdiccionales, que tomaban siempre como presupuesto el carácter supletorio de las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento civil.

Añádase, por otro lado, que ese carácter supletorio de las normas procesales *comunes* —y por comunes deben entenderse, en rigor, las reguladoras de los procesos civiles— era coherente con la extensión del principio de legalidad en materia procesal —y el consiguiente sometimiento pleno del juez a la ley procesal— y con la inexistencia de potestad reglamentaria alguna de los órganos jurisdiccionales. Como habrá ocasión de reiterar más adelante, es ajena a nuestra tradición legislativa la existencia de habilitación alguna a la potestad reglamentaria para el desarrollo de las leyes procesales; más, si cabe, la habilitación a quienes, estando llamados a dictar normas singulares, tienen vedada la producción de disposiciones generales¹⁴.

Sea como fuere, la mención de las *facultades auto-organizativas* como forma de suplir las lagunas normativas parecía apuntar a una consideración especialmente generosa de la potestad reglamentaria atribuida al Tribunal Constitucional en el artículo 2.2 del proyecto. En especial, porque ni el entonces proyecto, ni su actual ley orgánica

¹⁴ Bajo la rúbrica «Carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil», el art. 4 de la vigente (Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil), señala que «en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley». La supletoriedad es un modo de relación entre normas, que atiende a la selección de la ley aplicable al caso, no una técnica de atribución de competencias, en este caso potestades, para la creación de normas jurídicas.

reconocen margen alguno de autoorganización al Tribunal Constitucional en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Antes bien, como ya se ha apuntado, en la propia exposición de motivos del proyecto se destacaba el valor que revestía, como garantía de independencia del órgano y de sus integrantes, el carácter orgánico y no estrictamente funcional de las salas y secciones del Tribunal¹⁵.

En contraste con la función normativa atribuida por el preámbulo a esa potestad de autoorganización, en su vertiente de potestad reglamentaria, el art. 2.2 LOTC únicamente habilita al Tribunal para la aprobación de reglamentos «sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios», expresión tradicionalmente usada para referirse a los reglamentos internos. De modo que, en rigor, la potestad reglamentaria efectivamente reconocida al Tribunal Constitucional por su ley orgánica presenta todas las características de «una simple potestad administrativa, de organización interna»¹⁶.

Ahora bien, la confirmación de este aserto requiere, en primer lugar, que nos detengamos a analizar, siquiera sea brevemente, el fundamento y finalidad de la atribución de esa potestad reglamentaria, pues si ese fundamento hay que buscarlo en la preservación de la autonomía institucional y es una más de las *facultades auto-organizativas* reconocidas al Tribunal, podremos concluir en que solo de potestad administrativa de organización interna cabe hablar. De suerte que, parafraseando el art. 560.1.16 *in fine* LOPJ, ya citado, habremos de convenir en que, en ningún caso, las disposiciones reglamentarias del Tribunal Constitucional podrán afectar o regular directa o indirectamente los derechos y deberes de personas ajenas a aquel.

Será preciso, en segundo lugar, examinar el modo como ha venido ejerciendo su potestad reglamentaria el Tribunal Constitucional, distinguiendo, por un lado, aquella norma reglamentaria que más directamente se conecta con su autonomía institucional, el Reglamento de Organización y personal, y aquellos otros varios reglamentos, alguno de los cuales parece conectar con esa generosa concepción de la potestad reglamentaria que reflejara el preámbulo del proyecto de ley orgánica del Tribunal Constitucional¹⁷. Habrá que elucidar hasta qué punto al amparo de la habilitación que le confiere el artículo 2.2 de su ley orgánica, el Tribunal ha complementado efectivamente las disposiciones del legislador, supliendo las que consideraba sus lagunas, aunque para hacerlo

¹⁵ En la jurisprudencia constitucional hallamos una precisa ejemplificación de las diferencias entre secciones orgánicas y funcionales en la STC 122/2001, de 4 de junio, FJ 5. En esta sentencia se recuerda que mientras las secciones funcionales representan una solución organizativa, de creación autónoma (en el caso de los órganos de la jurisdicción ordinaria, por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial), a problemas de eficacia en el reparto de asuntos, las secciones orgánicas son órganos estables heteroconstituidos [*v. gr.*, las secciones de las audiencias provinciales, cuya creación se reserva al Gobierno por el artículo 36 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)].

¹⁶ Ramón Punset Blanco, en su comentario al artículo 2, en Juan Luis Requejo Pagés (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 111.

¹⁷ Lo que ha permitido a Patricia Rodríguez-Patrón Rodríguez, *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*, Iustel, Madrid, 2005, defender la plena legitimidad de la normativa *ad extra*, incluida, por tanto, la referida a los procesos constitucionales, aprobada por el Tribunal (en particular, p. 325). Interpretación generosa del alcance objetivo de la potestad reglamentaria que aquí, por las razones que se exponen en el texto, no se comparte.

debiera aprobar auténticos reglamentos jurídicos, o si, por el contrario, conviene no dejarse engañar por la apariencia de las formas jurídicas.

Así ha sucedido, destacadamente, con los acuerdos del Pleno de 14 de julio de 1982, por el que se aprueban normas sobre tramitación de los recursos previos de inconstitucionalidad (BOE núm. 171, de 19 de julio de 1982); 18 de junio de 1996, sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional (BOE núm. 174, de 19 de julio de 1996)¹⁸; 20 de enero de 2000, por el que se aprueban normas sobre tramitación de los recursos de amparo electoral (BOE núm. 21, de 25 de enero de 2000); 15 de marzo de 2023, que regula la presentación de los recursos de amparo a través de la sede electrónica del Tribunal (BOE núm. 70, de 23 de marzo de 2023), o, en fin, de 6 de julio de ese mismo año, por el que se establece el régimen de días inhábiles en los procesos constitucionales (BOE núm. 164, de 11 de julio de 2023).

Por otro lado, en la actualidad a la genérica atribución de potestad reglamentaria al Tribunal, en los imprecisos términos a los que se ha hecho referencia, se añade un supuesto concreto de remisión al reglamento. El art. 85.2, segundo párrafo, introducido por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, faculta al propio Tribunal para determinar «reglamentariamente las condiciones de empleo, a los efectos anteriores [inicio de los procesos constitucionales], de cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos o telemáticos». En uso de esta habilitación se ha dictado el Acuerdo de 15 de septiembre de 2016, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula el registro general y se crea el registro electrónico del Tribunal (BOE núm. 284, de 24 de noviembre de 2016)¹⁹.

Volviendo al primero de los aspectos antes señalados, la necesidad de identificar el fundamento de la potestad reglamentaria conferida por el legislador al Tribunal Constitucional, es preciso partir de la propia literalidad de la que fuera exposición de moti-

¹⁸ En particular, a partir del ATC 138/1997, de 7 de mayo, este acuerdo ha servido para establecer que la competencia del Tribunal para conocer de la impugnación de la denegación del derecho de asistencia jurídica gratuita se limita exclusivamente a aquellos supuestos en los que la situación de insuficiencia económica sobrevenga tras la interposición del recurso de amparo (entre otros muchos, igualmente, AATC 120/2011, de 19 de septiembre; 54/2012, de 26 de marzo; 175/2015, de 21 de octubre, y 95/2022, de 14 de junio). En el ATC 13/2015, de 28 de enero, el Tribunal aprecia su competencia y declara la extinción del expediente de justicia gratuita por pérdida sobrevenida de su objeto, pues el solicitante había dejado transcurrir los plazos en la vía jurisdiccional ordinaria, pretendiendo luego y de manera extemporánea su reapertura como actuación previa a la formulación del recurso de amparo. Acerca de las cargas que debe satisfacer el recurrente que ya tuviera reconocido el beneficio y pudiera actuar con abogado y procurador de oficio ante el Tribunal Constitucional, *vid.* ATC 97/2010, de 19 de julio.

¹⁹ El art. 14 de este acuerdo encomienda su desarrollo al secretario general. Habida cuenta de que este carece en todo caso de potestad reglamentaria *ad extra* y solo puede dictar instrucciones y órdenes de servicio, podríamos convenir en que ese desarrollo lo es exclusivamente a los efectos de la administración interna del Tribunal, si no fuera porque el precepto en cuestión extiende la competencia de la Secretaría General a la identificación de «las personas jurídicas y colectivos de personas físicas que resulten obligados a la presentación de documentación a través del Registro Electrónico» [art. 14 b)], o de «los sistemas de autenticación y firma electrónica admitidos para la presentación de los documentos» [art. 14 c)]. En ausencia de una habilitación legal al secretario general para dictar normas con eficacia *ad extra*, no puede entenderse que los reglamentos que dicte el Pleno del Tribunal sean, en tanto que normas de carácter secundario, instrumentos normativos idóneos para reconocerle la potestad de crear normas jurídicas que obliguen a terceros.

vos del entonces proyecto de ley orgánica del Tribunal Constitucional. Ya entonces se vinculaba el reconocimiento de la potestad reglamentaria con la protección de la independencia del órgano, en su concreta vertiente de facultad de auto-organización sin injerencias de otros poderes públicos. Lo que, en los términos antes reseñados, permite excluir que a través de esta potestad de creación de normas secundarias de carácter general pueda ejercerse una auténtica función directiva, imponiendo obligaciones o reconociendo derechos a terceros.

Por otro lado, como ya se ha indicado, es consustancial a nuestro modelo de división de poderes la nota de separación de las potestades reglamentaria y jurisdiccional. Sobre este particular ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en su sentencia 70/2022, de 2 de junio, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la reforma de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa que atribuía a las salas de este orden de los tribunales superiores de justicia la competencia para autorizar o ratificar las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias que implicasen limitación o restricción de derechos fundamentales y cuyos destinatarios no estuvieran individualmente identificados. Tras perfilar el «alcance del principio constitucional de separación de poderes» (FJ 5), en el fundamento jurídico 6 de esta sentencia, el Tribunal hace hincapié en la importancia del «mandato de exclusividad del art. 117.3 CE [que] impide que ningún otro poder del Estado ejerza la potestad jurisdiccional [como] también impide, en sentido inverso, que los jueces y tribunales integrantes del poder judicial ejerzan potestades públicas ajenas a la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Dicho de otro modo, el principio de exclusividad jurisdiccional es el reverso del principio de reserva de jurisdicción y es corolario de la independencia judicial (arts. 117.1, 124.1 y 127.2 CE). En efecto, el principal rasgo que define a la función jurisdiccional y que la distingue de otras funciones públicas es que ha de ejercerse con independencia y sometimiento exclusivo al imperio de la ley. La independencia es atributo esencial del ejercicio de la jurisdicción, que en exclusiva corresponde a los jueces y tribunales integrantes del poder judicial, y se erige en pieza esencial de nuestro ordenamiento constitucional».

Ciertamente, el principio de exclusividad jurisdiccional, reverso del principio de reserva de jurisdicción²⁰, no impide la atribución de otras funciones a jueces y tribunales, siempre en garantía de derechos. Ahora bien, como subraya la STC 70/2022, FJ 7, encomendar la autorización o ratificación de medidas generales sanitarias «supone atribuir a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia una competencia que desborda totalmente la función jurisdiccional de los jueces y tribunales integrantes del poder judicial (art. 117.3 CE), sin que pueda encontrar acomodo en la excepción prevista en el art. 117.4 CE [...]». La garantía de los derechos fundamentales a que este precepto constitucional se refiere no puede justificar la atribución a los tribunales del orden contencioso-administrativo de una competencia

²⁰ Vid. el comentario al art. 117 de la Constitución de Ignacio Díez-Picazo Giménez, en Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde, *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución*, Boletín Oficial del Estado-Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, t. II, p. 665.

ajena por completo a la función jurisdiccional [...] como lo es la regulada en el precepto cuestionado, que determina una inconstitucional conmixtión de la potestad reglamentaria y la potestad jurisdiccional [...]. La autorización judicial de las disposiciones administrativas generales dictadas para la protección de la salud pública que establece el precepto cuestionado implica decisivamente a los tribunales de justicia en la puesta en marcha de medidas de política sanitaria y produce una inconstitucional confusión de las funciones ejecutiva y judicial, que despoja al Poder Ejecutivo de la potestad reglamentaria que tiene constitucionalmente atribuida (art. 97 CE) y al mismo tiempo compromete la independencia del Poder Judicial (arts. 117.1, 124.1 y 127.2 CE), al hacerle corresponsable de la decisión política que solo al Poder Ejecutivo corresponde». En fin, a los tribunales de justicia «les corresponde el control de legalidad de las normas reglamentarias», pero «de ningún modo les corresponde [...] injerirse en las tareas constitucionalmente reservadas a otro poder del Estado, como lo es la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo (art. 97 CE)» (FJ 7).

No estará de más recordar la configuración constitucional de la independencia consustancial al ejercicio de la potestad jurisdiccional, puesto que «esa independencia tiene como contrapeso la responsabilidad y el *estricto acantonamiento de los Jueces y Magistrados en su función jurisdiccional* y las demás que expresamente les sean atribuidas por Ley en defensa de cualquier derecho (art. 117.4), disposición esta última que tiende a garantizar la separación de poderes» (STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 6, cursiva añadida²¹).

²¹ Esta misma expresión —estricto acantonamiento— es empleada posteriormente en la STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 6, resolutoria de una cuestión de inconstitucionalidad en la que se controvertían los efectos de las sentencias estimatorias que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictara en recursos de casación en interés de ley, sentencias que, como es sabido, fijaban una interpretación de la ley vinculante para los órganos inferiores de este orden jurisdiccional. Se impugnaba ese efecto vinculante, en la medida en que el órgano judicial promotor de la cuestión veía en él una ilegítima limitación en la independencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo y la correlativa asignación a la Sala de este mismo orden del Tribunal Supremo de una función de fijación de normas generales. En el fundamento jurídico 7 de esta sentencia se descarta la existencia de la lesión denunciada, utilizando dos argumentos: como argumento principal se apunta que la vinculación del juez a la ley «incluye también [...] el respeto “a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico” (STC 133/1995, FJ 5)», a lo que se añade que «los Jueces o Tribunales de grado inferior no vienen compelidos sin más remedio y en todo caso a resolver el litigio sometido a su jurisdicción ateniéndose al contenido del precepto legal aplicable que resulta de esa interpretación vinculante del Tribunal Supremo, si estiman que esa interpretación dota al precepto legal de un contenido normativo que pudiera ser contrario a la Constitución», supuesto en el cual pueden plantear cuestión de inconstitucionalidad. Estos argumentos resultan escasamente convincentes pues el primero establece una más que discutible sinonimia entre «vinculación» y «respeto», en tanto que el segundo elude el problema al remitir su solución a un juicio de constitucionalidad que no hace sino equiparar a ley la interpretación que de ella se haga por una sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. El efecto vinculante de estas sentencias no era equiparable al atribuido a las dictadas en la casación ordinaria y trascendía la función complementaria de la ley que el art. 1.6 del Código civil atribuye a la «jurisprudencia [...] con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho», basando aquí con la doctrina contenida en una sola sentencia para tener efecto vinculante, bien que limitado a los órganos de la jurisdicción contenciosa distintos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Esa separación de las potestades reglamentaria y jurisdiccional no solo responde a una lógica operativa indudable, pues mientras que aquella, en tanto que manifestación del poder —bien que subordinado— de creación de normas generales, mira al futuro, la potestad jurisdiccional, manifestada en la expresión de un juicio solo puede contemplar el pasado. Solo cabe juzgar lo pasado, el ejercicio de la jurisdicción nunca es profético ni consiste en una selección libre entre opciones, libertad de configuración privativa del legislador y, en mucha menor medida, del titular de la potestad reglamentaria manifestación de un poder de dirección que le permita dictar reglamentos jurídicos.

Las notas predicadas de la posición constitucional de jueces y magistrados deben entenderse hechas a todos los órganos titulares de la potestad jurisdiccional. En referencia a las que denominara jurisdicciones no judiciales, Ignacio DE OTTO, indicaba que su existencia «limita el principio de unidad (jurisdiccional) pero no el de monopolio, porque este no exige que la jurisdicción se encomiende al poder judicial tan solo, sino a órganos que, aun no integrados en este, obedezcan a los principios de organización y funcionamiento que garantizan la independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función (jurisdiccional)»²².

Concretamente, la Constitución asigna el ejercicio de potestad jurisdiccional no solo a los «jueces y magistrados integrantes del poder judicial» (art. 117.1 CE), sino también a dos órganos por ella misma creados —tribunales de Cuentas y Constitucional— y asume la persistencia de una excepción histórica al principio de unidad jurisdiccional: la jurisdicción militar (art. 117.5 CE).

Con respecto a las jurisdicciones contable y constitucional²³, la propia Constitución garantiza la independencia e inamovilidad de los consejeros del Tribunal de Cuentas y de los miembros del Tribunal Constitucional (arts. 136.3 y 159.5, respectivamente), equiparando así el núcleo de su estatuto jurídico con el reconocido, en el ya mencionado art. 117.1 CE, a jueces y magistrados. En el caso de la jurisdicción militar, ha conocido una evolución desde su tradicional consideración de jurisdicción especial —con una notable e inopinada *vis atractiva* durante muchos períodos de nuestra historia²⁴— a su actual configuración como una auténtica jurisdicción especializada. Las garantías de independencia e inamovilidad de los jueces castrenses, auditores y togados, no traen causa de las determinaciones constitucionales, que bien pudieran haberse interpretado

²² I. De Otto, voz «Poder Judicial», cito por sus *Obras completas*, Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, 2010, p. 1186.

²³ En relación con el ejercicio de potestad jurisdiccional por el Tribunal de Cuentas, más concretamente por su Sección de Enjuiciamiento, resulta de suma utilidad la lectura de la STC 215/2000, de 18 de septiembre.

²⁴ Con respecto al contexto en el que se elaboró la denominada ley de jurisdicciones (formalmente, Ley para la represión de los delitos contra la patria y el Ejército) de 23 de marzo de 1906, que atribuía a los tribunales del fuero de Guerra y Marina el conocimiento de las causas seguidas por actos que «injurien u ofendan clara o encubiertamente al Ejército, a la Armada o a instituciones, armas, clases o cuerpos determinados del mismo» (art. 3, al que remitía el art. 5 de la Ley), *vid.*, por todos, Manuel Ballbé, *Orden público y militarismo en la España Constitucional (1812-1983)*, Alianza Universidad, Madrid, 1983, pp. 272 y ss., y Manuel Álvaro Dueñas, «Poder militar y práctica política en el reinado de Alfonso XIII: De la suspensión de garantías constitucionales en Barcelona a la Ley de jurisdicciones (1905-1906)», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 65 (1989), pp. 265 y ss.

como garantías institucionales de la justicia impartida por militares asesorados por juristas en los consejos de guerra, sino que ha sido obra del legislador, en ejercicio de su libertad de configuración²⁵. Concretamente, el art. 8 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, extiende a los jueces militares las garantías de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento exclusivo al imperio de la ley que conforman la imagen constitucional del juez²⁶.

En conclusión, podemos afirmar que es consustancial a nuestros modelos de división de poderes la separación —también orgánica— de las potestades reglamentaria y jurisdiccional. De modo que la ya reseñada atribución de potestad reglamentaria al Tribunal de Cuentas y al Tribunal Constitucional trae causa exclusivamente de la voluntad de garantizar la autonomía institucional de estos órganos. En las ya reproducidas palabras de Ignacio De Otto, la atribución de dicha potestad de creación de normas secundarias persigue la adecuada materialización de los principios de organización y funcionamiento que garantizan la independencia e imparcialidad en el ejercicio de la jurisdicción constitucional.

Añádase a lo anterior la inexistencia de un espacio susceptible de normación reglamentaria en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Si la potestad de auto-organización no es por sí misma instrumento idóneo para integrar las lagunas de la ley procesal, menos si cabe, procede el recurso al reglamento.

Se opone a ello, en primer lugar, el principio de legalidad procesal, en su vertiente de sometimiento del juez a la ley, expresamente proclamado en el art. 117.1 CE. La doble vinculación del juez a la Constitución y la ley se convierte en poder de disposición, bien que negativa, a modo de inaplicación, cuando de las normas infra legales se trata. Consecuentemente, mal puede sostenerse que el reglamento sea la norma idónea para disciplinar el proceso cuando se trata de un instrumento normativo del que puede disponer el juez. Menos, si cabe, si hablamos de una norma general dictada por el propio juez o tribunal.

Las lagunas de la ley procesal no se integran mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria por el propio Tribunal sino por la aplicación supletoria de otras leyes procesales. Piénsese, a este respecto, que ninguna de nuestras leyes procesales contempla la necesidad de reglamentos ejecutivos ni, por consiguiente, habilita el ejercicio de

²⁵ No han faltado críticas a esta mutación legal de la jurisdicción militar, como la expresada en su momento por Ramón Parada Vázquez, «Toque de silencio por la justicia militar», *Revista de Administración Pública*, núm. 127 (1992), pp. 7 y ss.

²⁶ Conforme al indicado art. 8 de la Ley Orgánica 4/1987, «en el ejercicio de sus funciones, los miembros de los órganos judiciales militares serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley». La precisión funcional nos remite a uno de los aspectos que, en opinión de Olga Gil García, *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pondría en tela de juicio el actual modelo de justicia militar en España: la integración de los jueces militares en un cuerpo funcional, el cuerpo jurídico militar cuyos miembros, según establece el art. 37.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, «tienen como cometidos los de asesoramiento jurídico y los que conforme al ordenamiento jurídico les correspondan en la jurisdicción militar». Esta doble función y la dependencia del Ministerio de Defensa modulan un principio de suyo imponderable, la independencia judicial.

la potestad reglamentaria en el ámbito estrictamente jurisdiccional²⁷. La propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional remite en su art. 80 a las leyes Orgánica del Poder Judicial y de enjuiciamiento civil la integración de lagunas «en materia de comparecencia en juicio, recusación y abstención, publicidad y forma de los actos, comunicaciones y actos de auxilio jurisdiccional, día y horas hábiles, cómputo de plazos, deliberación y votación, caducidad, renuncia y desistimiento, lengua oficial y policía de estrados» y a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa «en materia de ejecución de resoluciones».

En conclusión, nada hay en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que permita defender la existencia de una potestad reglamentaria que vaya más allá de lo estrictamente organizativo y que permita la aprobación de normas secundarias que establezcan obligaciones y reconozcan derechos a terceros²⁸. Sin duda, el Reglamento de Organización y Personal merece la consideración de reglamento estrictamente administrativo, como también la mayoría de los reglamentos dictados por el Tribunal en ejercicio de la potestad reconocida por el art. 2.2 de su Ley Orgánica, si bien en algunos casos cabe albergar fundadas dudas al respecto.

III. La autonomía institucional del Tribunal y su reglamento de organización y personal

La vertiente interna de la autonomía institucional ha hallado expresión normativa en el Reglamento de organización y personal del Tribunal Constitucional, inicialmente aprobado en 1981 y luego sustituido por el todavía vigente Reglamento de 1990. Este reglamento ha tratado de dar respuesta a las necesidades de funcionamiento cotidiano de los servicios de apoyo del Tribunal, definiendo una estructura asentada sobre tres ejes: oficinas judiciales (secretarías de justicia), Gabinete de la Presidencia y Secretaría General, de la que dependen los servicios y unidades del Tribunal.

1. EL REGLAMENTO DE 15 DE ENERO DE 1981

El 12 de julio de 1980 y en presencia de los reyes de España, tuvo lugar la constitución solemne del Tribunal, siendo presidente don Manuel García Pelayo, y vicepresidente don Jerónimo Arozamena Sierra. Apenas un mes más tarde se dictó la primera resolución jurisdiccional —ATC 1/1980, de 11 de agosto, de la Sección de Vacacio-

²⁷ Lo que no significa que esas mismas leyes procesales no habiliten la potestad reglamentaria para hacer frente a las necesidades organizativas que supone la entrada en vigor de una nueva ley procesal (disposición final segunda de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y disposición adicional quinta de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria).

²⁸ Al tratarse de reglamentos de carácter esencialmente organizativo y de funcionamiento interno, y no de auténticos reglamentos jurídicos que afecten a los derechos y obligaciones de terceros, parece de todo punto razonable que la LOTC no contenga ninguna previsión sobre su procedimiento de elaboración, menos aún relativa la eventual participación de supuestos interesados.

nes— y solo cuatro meses después el Tribunal en Pleno aprobó las «Normas provisionales relativas a la vista y la deliberación, a la votación y al fallo, la redacción de las sentencias y los votos particulares», de 10 de noviembre de 1980. El 15 de enero de 1981 el Pleno aprobó otros dos acuerdos, el primero de ellos «sobre la forma y publicación de las sentencias» y el segundo, el Reglamento de organización y personal del Tribunal Constitucional, que estuvo vigente hasta el 3 de agosto de 1990.

En este primer reglamento se adoptaron algunas decisiones que iban a marcar el devenir de la administración de apoyo del Tribunal: Se creó la Junta de Gobierno como órgano de asistencia al presidente en el desempeño de sus funciones estrictamente gubernativas (art. 1.2)²⁹ y se atribuyó al Pleno la competencia para la designación del interventor [art. 2 l)], cargo no expresamente previsto en la LOTC, pero al que implícitamente se refería cuando se hacía mención del «personal técnico» que había de asistir al secretario general en las labores de preparación, ejecución y liquidación del presupuesto [art. 99.1 c) y disposición adicional segunda.2]. Por referencia exclusiva a la materia gubernativa, se establecieron algunas reglas de funcionamiento de los órganos colegiados (arts. 22 a 34) y se abrió la posibilidad de constituir comisiones de magistrados (art. 4)³⁰.

Este primer Reglamento de organización se decantaba por una cierta bicefalia en la estructura administrativa de apoyo. Por una parte, creaba dos figuras de asistencia directa al presidente: el gabinete técnico y un letrado adscrito, a quien correspondería la coordinación de los estudios de carácter general encomendados a los letrados (art. 12.4) y que — pese a que el art. 99.1 LOTC, en la redacción vigente al momento de aprobarse el Reglamento de 1981, atribuyera al secretario general las tareas de «organizar, dirigir y distribuir los servicios jurídicos, administrativos y subalternos del Tribunal»— ostentaba la jefatura del Servicio de Biblioteca y Documentación. Por otra, la Secretaría General estaba integrada por los servicios de Gerencia y de Asuntos Jurisdiccionales y Tratamiento de la Doctrina Constitucional (art. 17).

En materia de personal, congruentemente con las previsiones de la Ley Orgánica, no se contemplaba otro cuerpo de funcionarios propios del Tribunal que el de letrados. Siguiendo el modelo de otros grandes cuerpos funcionariales, se optaba claramente por la selección mediante un sistema de concurso-oposición y la provisión de plazas en propiedad. En esta fórmula primaba la estabilidad e inamovilidad de los letrados sobre la vinculación a los magistrados y la supuesta renovación constante de los miembros del colectivo.

En sus nueve años de vigencia, el Reglamento de 1981 fue objeto de tres reformas parciales. Las dos primeras —2 de abril de 1986 y 30 de noviembre de 1988 (BOE de 14 de abril de 1986 y de 23 de diciembre de 1988)— alteraron la configuración inicial del cuerpo de letrados. En la reforma de 1986 se introdujo la figura de los letrados de adscripción temporal como una solución transitoria para la cobertura de las plazas no

²⁹ El art. 11 llega a hablar de «los acuerdos que adopte *el presidente en junta de gobierno*» (cursiva añadida), haciendo de la Junta una especie de estado mayor gubernativo del Tribunal.

³⁰ Concretamente, el mencionado art. 4 señalaba que «para el desarrollo de sus funciones, el Pleno podrá constituir Comisiones o designar Comisionados con el alcance que en cada caso se determine».

ocupadas por letrados de carrera; la adscripción temporal, con una duración máxima de dos años, sustituía a la comisión de servicio como forma de cobertura provisional de las plazas de letrados al servicio del Tribunal. La segunda reforma aligeró la fase de oposición del concurso-oposición de ingreso en el cuerpo de letrados, reduciéndose el temario de una horquilla de 200-225 temas a otra de 50-100 temas y suprimiéndose el examen oral.

2. EL REGLAMENTO DE 5 DE JULIO DE 1990 Y SUS PRINCIPALES REFORMAS PARCIALES

En el Boletín Oficial del Estado, núm. 185, correspondiente al 3 de agosto de 1990 se publicó el Reglamento reformado de Organización y Personal del Tribunal Constitucional aprobado por acuerdo plenario de 5 de julio de 1990³¹. Esta nueva versión del reglamento puso fin a la bicefalia que viéramos en el texto anterior y centralizó en la secretaría general del Tribunal la jefatura de todos los servicios administrativos: la existencia de un letrado adscrito a la Presidencia pasó a ser potestativa y ese letrado dejó de ostentar la jefatura de ningún servicio, asumiendo como funciones la realización de los estudios e informes encargados por el presidente y la información de los recursos de alzada previstos en el art. 99.3 LOTC (art. 19). Correlativamente, se potenció la del secretario general, expresamente denominado letrado mayor, que, en cuanto tal «ejerce la jefatura de los letrados del Tribunal» [art. 25.1 a)], conservando formalmente la dirección de los servicios y unidades [art. 25.1 b)], una función que adquirió mayor relieve por la reorganización interna operada por el Reglamento; importa destacar que se atribuyó al secretario general la potestad para dictar instrucciones de régimen interior (art. 25.2).

Desde el punto de vista orgánico, se crearon los servicios de Gerencia, Archivo Judicial y Registro General, y Biblioteca, Documentación y Tratamiento de la Doctrina Constitucional, así como dos «órganos colegiados de apoyo a la Secretaría General»: la Junta de Compras y la Comisión de Informática Jurídica, origen remoto de la inconclusa transformación digital del Tribunal³².

En materia de personal, y una vez asumida la existencia de letrados de adscripción temporal, el Reglamento de 1990 renunció a fijar un límite temporal a su relación de servicios con el Tribunal, pero previó un régimen de prórrogas cada tres años, si bien

³¹ En ese mismo diario oficial se publicó otra norma reglamentaria del Tribunal Constitucional: el Acuerdo de 3 de julio de 1990, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula el régimen de retribuciones del personal al servicio del Tribunal Constitucional. Este reglamento fue derogado y sustituido por un nuevo acuerdo de idéntica denominación y objeto de 19 de diciembre de 2002 (BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2002), que se halla vigente al momento de redactar estas líneas, en la versión resultante de las modificaciones introducidas por sendos acuerdos de 16 de diciembre de 2004 (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005) y 27 de mayo de 2014 (BOE núm. 130, de 29 de mayo de 2014).

³² A esta Comisión se le encargaba expresamente la «elaboración y actualización del “Thesaurus” de jurisprudencia constitucional», una herramienta considerada por aquel entonces imprescindible para la creación de bases de datos o motores de búsqueda y que, en la actualidad, se ha visto desplazada por las ontologías semánticas, que a su vez están siendo orilladas por los nuevos instrumentos que permiten búsquedas con lenguaje natural.

únicamente la primera de las prórrogas había de ser expresa y las posteriores tácitas (art. 53.3). Resulta especialmente significativo el hecho de que la adscripción temporal dejó de concebirse exclusivamente como una forma de cobertura provisional de las vacantes existentes en el Cuerpo de letrados para pasar a considerarse modo ordinario de atribución de aquellas plazas que, conforme a lo previsto en la plantilla y en la relación de puestos de trabajo, hubieran de proveerse por este sistema (art. 53.2).

Hasta la fecha, el Reglamento de Organización y Personal de 5 de julio de 1990 ha sido objeto de doce reformas parciales, cuyos aspectos más destacables se reseñan a continuación.

Por lo que se refiere al cargo de secretario general, se aprecia una oscilación en cuanto a su reserva en favor de un letrado de carrera. Así, en la primera reforma del Reglamento, llevada a cabo por acuerdo de 5 de octubre de 1994 (BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1994), se abrió la posibilidad de nombrar para el cargo a un letrado de adscripción temporal (nuevo art. 24: «El secretario general será elegido por el Pleno del Tribunal de entre quienes pertenezcan al Cuerpo de Letrados o de entre quienes, siendo Letrados adscritos, vengán prestando tal servicio durante al menos tres años»). En la tercera reforma del Reglamento, de 27 de febrero de 2001 (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2001), la jefatura de la Secretaría General vuelve a reservarse para los miembros del Cuerpo de letrados. El vaivén se cierra en la décima reforma, de 11 de julio de 2014 (BOE núm. 170, de 14 de julio de 2014), que retorna al modelo abierto de 1994.

La figura del letrado director de servicios se desdobló en un vicesecretario general, con competencias delegadas del secretario general [art. 26.1 b)], y un letrado adscrito a la Secretaría General, «al que corresponderán aquellas tareas que, sin entrañar delegación, se le encomienden por el secretario general» (art. 26.2). Más adelante, en la octava reforma —acuerdo de 1 de abril de 2011 (BOE núm. 80, de 4 de abril de 2011)—, el vicesecretario general pasó a denominarse secretario general adjunto, atribuyéndosele funciones en el trámite de admisión de asuntos de nuevo ingreso [nuevo art. 26.1 b)].

Por lo que se refiere a la ordenación de los servicios, en la segunda reforma, de 8 de septiembre de 1999 (BOE núm. 227, de 22 de septiembre de 1994), se suprimieron el Servicio de Biblioteca, Documentación y Tratamiento de la Doctrina Constitucional y la Unidad de Informática, siendo sustituidos por los servicios de Estudios, Biblioteca y Documentación y de Doctrina Constitucional e Informática. El Servicio de Doctrina Constitucional e Informática se desdobló en los actuales servicios de Doctrina Constitucional y de Informática en la cuarta reforma, de 28 de abril de 2010 (BOE núm. 105, de 30 de abril de 2010). En la ya mencionada décima reforma, de 11 de julio de 2014, se creó el Servicio de Estudios, desgajado del anterior Servicio de Estudios, Biblioteca y Documentación. Hasta la fecha, no se ha cubierto la jefatura de este servicio, al que tampoco se ha provisto de medios personales.

Por lo que atañe a los letrados de adscripción temporal, la tercera reforma, de 27 de febrero de 2001, ya mencionada con anterioridad, estableció una adscripción inicial de dos años, prorrogables por otros dos períodos iguales. La sexta reforma, de 31 de marzo de 2008 (BOE núm. 80, de 2 de abril de 2008), introdujo la posibilidad de

designar como letrados adscritos no solo a funcionarios de carrera que hubieran accedido a sus correspondientes cuerpos o escalas como licenciados —ahora, graduados— en Derecho, sino también a los docentes universitarios con acreditación a contratados doctores y abogados con al menos diez años en el ejercicio de la profesión. En esta misma reforma parcial se introdujo un límite temporal general de nueve años para los letrados en régimen de adscripción, susceptible de excepción por prórroga para los letrados de adscripción personal a un magistrado hasta el momento de cese de este. En la octava reforma, de 1 de abril de 2011, se pasó a una adscripción inicial de tres años, con renovación sin límite temporal, si bien se introdujo un sistema de renovaciones con requisitos de mayorías cualificadas crecientemente reforzadas: así, la designación y la primera renovación precisaban de la mayoría absoluta del Pleno, la segunda renovación una mayoría de tres cuartos y las posteriores debían acordarse por unanimidad. Sin embargo, en la novena reforma, de 19 de noviembre de 2012 (BOE núm. 282, de 23 de noviembre de 2012), se volvió al límite de nueve años para los letrados de adscripción temporal, que es el actualmente vigente.

La figura de los letrados adscritos a magistrados, mencionada en el párrafo anterior, fue introducida por la primera reforma, de 5 de octubre de 1994, en el art. 62.2 a) del Reglamento: «Serán letrados de adscripción personal a un magistrado determinado los designados como tales a propuesta del propio magistrado por el Pleno del Tribunal». En las reformas tercera (ya mencionada) y quinta, de 14 de mayo de 2003 (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2003), se amplió el plazo de adscripción temporal de estos letrados para hacerla coincidente con el tiempo de servicio del magistrado con el que colaboraban. En la octava reforma (1 de abril de 2011), los letrados de adscripción personal pasaron a denominarse colaboradores propios y se introdujo la posibilidad de que cada magistrado designara hasta un máximo de dos.

IV. Otros supuestos de ejercicio de la potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional

Además de las distintas versiones de su Reglamento de organización y personal, el Tribunal Constitucional ha dictado una serie numéricamente poco significativa de reglamentos en sus más de cuarenta años de existencia, que trataremos de sistematizar por criterios temáticos en las páginas que siguen. Como habrá ocasión de señalar, algunos de estos reglamentos incorporan contenidos que apuntan más a la aprobación de auténticos reglamentos jurídicos y se alejan de lo estrictamente administrativo, ámbito al que específicamente se refiere, por las razones ya expuestas, el art. 2.2 LOTC.

a) Nos encontramos, en primer lugar, con aquellos acuerdos de naturaleza reglamentaria que complementan las disposiciones del Reglamento de Organización y Personal en su materia específica. Es el caso de los acuerdos sobre régimen retributivo del personal al servicio del Tribunal, inicialmente regulado en el Acuerdo de 3 de julio de 1990 (BOE núm. 185, de 3 de agosto de 1990), que fue luego derogado por el Acuerdo de 19 de diciembre de 2002 (BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2002), a su vez modificado por sendos acuerdos de 16 de diciembre de 2004 (BOE núm. 3,

de 4 de enero de 2005) y 27 de mayo de 2014 (BOE núm. 130, de 29 de mayo de 2014), y que es el actualmente vigente. Formalmente, estos reglamentos se caracterizan por la ausencia de toda mención al art. 2.2 LOTC, pese a que en este precepto legal expresamente se menciona el régimen —también retributivo— «de su personal» como supuesto de ejercicio de la potestad reglamentaria.

Igualmente, cabe mencionar las normas reglamentarias en materia gubernativa, como es el tratamiento de los datos personales. La primera de estas normas fue el Acuerdo de 16 de junio de 1994 (BOE núm. 155, de 30 de junio de 1994), por el que se regulan los ficheros automatizados de datos de carácter personal existentes en el Tribunal, dictado durante la vigencia de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Derogada esta ley por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, se aprobó el Acuerdo de 21 de diciembre de 2006 (BOE núm. 1, de 1 de enero de 2007), parcialmente modificado por los acuerdos de 26 de marzo de 2009 (BOE núm. 86, de 8 de abril de 2009) y 28 de abril de 2010 (BOE núm. 105, de 30 de abril de 2010). En la actualidad, esta materia está regulada en el Acuerdo de 18 de febrero de 2021 (BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2021), que adapta las previsiones organizativas a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

b) Reglamentos que sistematizan, en texto único, las previsiones legales que regulan procesos constitucionales.

Fue el caso, en primer lugar, del Acuerdo de 14 de julio de 1982, por el que se aprueban normas sobre tramitación de los recursos previos de inconstitucionalidad (BOE núm. 171, de 19 de julio de 1982). Según leemos en su parte dispositiva, la aprobación de este reglamento se justifica por «la necesidad de precisar la interpretación de las normas que lo regulan y de las que, con carácter supletorio, son de aplicación». Se trata de una explicación en la que resuenan los ecos de la conceptualización generosa de la potestad reglamentaria del Tribunal presente en el penúltimo párrafo de la exposición de motivos del proyecto de su ley orgánica. Lo cierto es que el acuerdo acertaba a integrar la escasa regulación de este proceso de los arts. 79.2 y 85.1 LOTC con la existente para el recurso de inconstitucionalidad³³, en particular en aquello que incidía sobre el efecto suspensivo de la interposición del recurso previo (art. 2 del Acuerdo). La novedad más relevante del Acuerdo estribaba en la previsión de una fase inicial en la que, tras la recepción del texto del proyecto recurrido, se daba vista a la parte actora por un plazo no superior a quince días para que «precise o complete la impugnación y, en su caso, subsane los defectos advertidos en la interposición y que pudieran oponerse a la admisión del recurso» (segundo párrafo del art. 3 del Acuerdo)³⁴. Cumple

³³ La necesidad de esa lectura integradora venía impuesta por el art. 79.3 LOTC que, en su redacción originaria, establecía que «el recurso [previo] se sustanciará en la forma prevista [para el recurso de inconstitucionalidad] en el capítulo II del título II de esta Ley».

³⁴ Habida cuenta de la brevedad del plazo de interposición del recurso —tres días desde que «el texto definitivo del proyecto recurrible estuviere concluido» (art. 79.2 LOTC)—, los promotores quedaban eximidos de la carga de aportar copia del texto del proyecto, que debía ser recabado por el propio Tribunal «de la Presidencia de las Cortes» (art. 3 del Acuerdo).

señalar que, en consonancia con lo previsto para el recurso de inconstitucionalidad, no se preveía una fase de admisión³⁵.

O también, en segundo lugar, del Acuerdo de 23 de mayo de 1986 (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 1986), por el que se aprueban normas sobre tramitación del recurso de amparo previsto en el artículo 49.3 y 4 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, luego completado por el Acuerdo de 24 de abril de 1991 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1991), por el que se aprueban normas sobre tramitación del recurso de amparo a que se refiere el artículo 114.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, según la modificación operada por la Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo. En la actualidad, ambos acuerdos han sido sustituidos por el Acuerdo de 20 de enero de 2000 (BOE núm. 21, de 25 de enero de 2000), por el que se aprueban normas sobre tramitación de los recursos de amparo a que se refiere la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general. Estos acuerdos sistematizaban las limitadas previsiones sobre los procesos constitucionales recogidas en la LOREG e incorporaban, como única novedad significativa, los plazos de presentación de alegaciones del Ministerio Fiscal, a los que no se hacía alusión en la referida ley orgánica (en la actualidad, arts. 2.3 para el recurso de amparo frente a la proclamación de candidatos y 3.2 para la proclamación de electos, del Acuerdo de 20 de enero de 2000).

c) Acuerdos que adaptan a las características del Tribunal la regulación de derechos (*v. gr.*, el derecho a la asistencia jurídica gratuita) y materias (*v. gr.*, días inhábiles para las actuaciones procesales) contenidos en disposiciones legales de carácter general. En cuanto a la justicia gratuita en procesos de amparo, el Acuerdo de 20 de diciembre de 1982 (BOE núm. 34, de 9 de febrero de 1983) aprobó unas primeras normas acerca de la defensa por pobre en los procesos constitucionales, adaptadas a la regulación contenida en la entonces vigente Ley de enjuiciamiento civil de 1881; posteriormente, el Acuerdo de 18 de junio de 1996 (BOE núm. 174, de 19 de julio de 1996), adaptó aquellas previsiones a la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Con respecto a la determinación de los días inhábiles para las actuaciones procesales, baste decir que, en la actualidad, el Acuerdo de 6 de julio de 2023 (BOE núm. 164, de 11 de julio de 2023), se remite expresamente a lo «establecido en la legislación procesal ordinaria (Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley de Enjuiciamiento Civil)» (art. 1), remisión que, en lo que ahora estrictamente interesa, se completa con las lógicas excepciones en materia electoral (art. 2, que remite a la LOREG) y para las actuaciones urgentes (art. 3 del Acuerdo y art. 183 LOPJ)³⁶.

³⁵ El Acuerdo de 14 de julio de 1982 no ha sido formalmente derogado, pero quedó sin objeto por la supresión del recurso previo de inconstitucionalidad frente a estatutos de autonomía y leyes orgánicas (Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, frente a cuyo proyecto se interpuso recurso previo de inconstitucionalidad, desestimado por la STC 66/1985, de 23 de mayo). Las notables diferencias existentes con el actual recurso previo de inconstitucionalidad frente a proyectos y propuestas de reforma de estatutos de autonomía impide plantearse siquiera la reviviscencia del Acuerdo.

³⁶ Sin mención expresa al art. 2.2 LOTC, la primera regulación de la materia se contenía en el Acuerdo de 15 de junio de 1982 (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1982), por el que se acuerdan las normas que han de regir el funcionamiento del Tribunal durante el período de vacaciones, período que se fijaba en el comprendido

d) El cauteloso proceso de digitalización del Tribunal Constitucional ha dado lugar a la aprobación de dos normas reglamentarias: el Acuerdo de 15 de septiembre de 2016 (BOE núm. 284, de 24 de noviembre de 2016), por el que se regula el registro general y se crea el registro electrónico del Tribunal, y el Acuerdo de 15 de marzo de 2023 (BOE núm. 70, de 23 de marzo de 2023), por el que se regula la presentación de los recursos de amparo a través de su sede electrónica.

En relación con el primero de ellos, llama la atención el hecho de que su art. 14 remita el desarrollo «progresivo» del reglamento a las resoluciones que dicte el secretario general, concretando:

- «a) Los trámites y actuaciones susceptibles de efectuarse a través del Registro Electrónico.
- b) Las personas jurídicas y colectivos de personas físicas que resulten obligados a la presentación de documentación a través del Registro Electrónico.
- c) Los sistemas de autenticación y firma electrónica admitidos para la presentación de los documentos.
- d) Los formularios y modelos normalizados de escritos susceptibles de utilizarse a través del Registro Electrónico».

No suscita mayores reparos la remisión al ejercicio de las potestades ordinarias del secretario general del Tribunal en los casos contemplados en las letras a), c) y d), en la medida en que se trata de determinaciones técnicas de funcionamiento del registro, unas determinaciones que, especialmente en el caso de la letra a), dan sentido a la noción de «progresividad» recogida en el propio art. 14. Mayores dudas suscita, en principio, el supuesto de la letra b), puesto que la imposición de una obligación como la allí prevista solo es posible mediante el ejercicio de una potestad de aprobación de reglamentos jurídicos de la que carece el secretario general y que no le puede ser delegada por quien tampoco la posee, como es el Pleno del Tribunal.

entre los días 1 y 31 de agosto, ambos inclusive (art. 1), pese a que se hallaba todavía vigente el art. 892 de la Ley provisional de 1870 que extendía las vacaciones de los magistrados de las audiencias y del Tribunal Supremo desde el 15 de julio hasta el 15 de septiembre. El Acuerdo de 1982 fue reformado por otro de 17 de junio de 1999 (BOE núm. 148, de 22 de junio de 1999), que excepcionaba del cómputo de plazos durante el mes de agosto los procesos de amparo frente a actuaciones administrativas y judiciales (arts. 43 y 44 LOTC).

El Real Decreto 463/2000, de 14 de marzo, que declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por la covid-19, suspendió en sus disposiciones adicionales segunda y tercera los términos y plazos procesales y administrativos. El Tribunal hizo lo propio para sus propios plazos en el Acuerdo de 16 de marzo de 2020 (BOE núm. 71, de 17 de marzo de 2020), precisado en cuanto a sus efectos por el Acuerdo de 6 de mayo de 2020 (BOE núm. 128, de 8 de mayo de 2020), sobre cómputo de los plazos procesales y administrativos que fueron suspendidos por Acuerdo de 16 de marzo de 2020, durante la vigencia del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Curiosamente, estos acuerdos no invocaban la habilitación reglamentaria del art. 2.2 LOTC, que sí es mencionada en el Acuerdo de 6 de julio de 2023 sobre días inhábiles, sino que hacen referencia al art. 10.1 n) LOTC, relativo a la avocación del ejercicio de competencias por el Pleno; la letra n) del art. 10.1 LOTC no atribuye potestad o competencia alguna al Tribunal, sino que la presupone y es la cláusula de cierre de la relación de asuntos de conocimiento del Pleno (conforme al citado precepto, el Pleno conocerá «de cualquier otro asunto que sea competencia del Tribunal pero recabe para sí el Pleno, a propuesta del Presidente o de tres Magistrados, así como de los demás asuntos que le puedan ser atribuidos expresamente por una ley orgánica»).

La previsión del art. 14 del Acuerdo de 15 de septiembre de 2016 ya ha sido formalizada por la resolución de la Secretaría General del Tribunal de 16 de diciembre de 2019, por la que se fija el ámbito de aplicación del registro electrónico del Tribunal Constitucional³⁷. En lo que ahora estrictamente interesa, el punto 2 de esta resolución indica que la utilización del registro electrónico «tiene carácter obligatorio para la presentación por medio de procurador de demandas, escritos y documentos que deban surtir efectos en procesos de amparo». En rigor, esta regla no hace sino trasladar al ámbito del proceso de amparo lo establecido en el art. 6.3 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (ahora sustituida por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de recuperación, transformación y resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo), conforme al cual «los profesionales de la justicia, en los términos previstos en la presente Ley, tienen el deber de utilizar los medios electrónicos, las aplicaciones o los sistemas establecidos por las Administraciones competentes en materia de justicia, respetando en todo caso las garantías y requisitos previstos en el procedimiento que se trate».

Bien es cierto que la regla aquí reseñada no abarca la totalidad de obligados a relacionarse con el Tribunal a través del registro electrónico, pues se refiere exclusivamente a la presentación de escritos en procesos de amparo, es decir, en el ejercicio de funciones jurisdiccionales y, sin embargo, el art. 8 del Acuerdo de 15 de septiembre de 1996 asigna al registro las funciones de «recepción y remisión, por vía electrónica, de escritos y documentos, tanto jurisdiccionales como gubernativos, relacionados con el ámbito de competencias del Tribunal Constitucional». Pero no es menos cierto que esta aparente laguna se salva pacíficamente mediante la aplicación —por ejemplo, en materia de contratación— del art. 14.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, que identifica a los sujetos obligados a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas; aplicación que resulta de la disposición adicional quinta de la propia Ley 39/2015.

Por otra parte, la lectura del Acuerdo de 15 de marzo de 2023 arroja algunas sorpresas. En primer lugar, el hecho de que sea el propio Pleno quien, en el art. 1 de este acuerdo se vea en la necesidad de reiterar, vía reglamento, aquello que ya había afirmado el secretario general en forma de resolución o acta de aplicación; a mayor abundamiento, el Pleno parece desconocer la existencia de la resolución de 16 de diciembre de 2019 y atribuye su contenido al propio Acuerdo plenario de 15 de septiembre de 2016: «Los recursos de amparo se presentarán a través de la sede electrónica del Tribunal Constitucional, *de conformidad con* el acuerdo del Pleno de 15 de septiembre de 2016 (BOE de 24 de noviembre de 2016), por el que se regula el Registro General y se crea el

³⁷ El art. 14 del Acuerdo de 15 de septiembre de 2016, daba un primer desmentido a la aparente habilitación para el ejercicio de una inopinada potestad reglamentaria *ad extra* por el secretario general al disponer que la resolución había de publicarse «en la sede electrónica del Tribunal», como así se hizo (<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/Resoluci%C3%B3n%20SG%20sobre%20registro%20electr%C3%B3nico.pdf>), descartando así su inserción en las páginas del Boletín Oficial del Estado.

Registro Electrónico del Tribunal Constitucional» (regla³⁸ 1 del Acuerdo de 15 de marzo de 2023, cursiva añadida). No es en este acuerdo del Pleno donde se hace referencia a la presentación de las demandas de amparo a través del registro electrónico, sino en la ya citada resolución de Secretaría General.

En segundo lugar, se supedita la presentación de los recursos de amparo a la cumplimentación de un formulario: «La presentación *exigirá* la cumplimentación de un formulario» (regla 2). Es más, en la arquitectura del Acuerdo de 15 de marzo de 2023, el formulario pasa a primer plano, toda vez que, según la regla 3 «al formulario se adjuntará el escrito de demanda». Si reparamos en que, de acuerdo con el art. 49.1 LOTC, «el recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda», causa una cierta perplejidad la primacía dada a un formulario que solo puede tener encaje en el art. 14 d) del Acuerdo de 15 de septiembre de 2016, conforme al cual, compete al secretario general determinar «los formularios y modelos normalizados de escritos susceptibles de utilizarse a través del registro electrónico». Por el momento, el Tribunal no ha dado el paso de transformar el escrito de demanda en modelo normalizado, pero la ha acompañado de un formulario de presentación obligatoria y cuyo contenido «permitirá al Tribunal, en su caso, descartar la concurrencia de la lesión constitucional, de la especial trascendencia del recurso o del debido agotamiento de la vía judicial previa» (regla 2 *in fine* del Acuerdo de 15 de marzo de 2023), es decir, acordar la inadmisión *a limine* de la demanda. No puede decirse que los efectos procesales anudados al formulario sean precisamente menores o de carácter puramente formal.

Al margen de los supuestos anteriores, cabe mencionar dos casos en los que se intuye una relación problemática entre las potestades jurisdiccional y reglamentaria, y un supuesto especialmente relevante de instrucción u orden de servicio: las normas de estilo del Tribunal³⁹.

En el Boletín Oficial del Estado, núm. 178, de 27 de julio de 2015, se publicó el Acuerdo de 23 de julio de 2015 por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales. Advuértase, de un lado, que este acuerdo no hace referencia exclusivamente a la supresión del nombre y apellidos «de los menores y personas que requieran un especial deber de tutela, de las víctimas de delitos de cuya difusión se deriven especiales perjuicios y de las personas que no estén constituidas en parte en el proceso constitucional» (art. 1), sino que comprende todos los «datos de identidad y situación personal de las partes intervinientes en el proceso» (art. 2), lo que aconsejaría la supresión de datos que ocasionalmente se proporcionan en las resoluciones del Tribunal, como son las direcciones de los recurrentes, el número de matrícula de sus vehículos, de sus teléfonos, e incluso de su

³⁸ Formalmente, sorprende la utilización del término «regla» para identificar aquello que hasta el acuerdo de 15 de marzo de 2023 venía denominándose «artículo», siguiendo la tradición hispana. Es posible que se haya querido subrayar que los contenidos normativos del acuerdo no son principios, o mandatos de optimización, sino auténticas reglas.

³⁹ Quede simplemente mencionado el Acuerdo de 20 de enero de 2005 (BOE núm. 21, de 25 de enero de 2005), por el que se regula la sustitución de magistrados, y en cuya parte expositiva se menciona el art. 2.2 LOTC como fundamento del ejercicio de la potestad reglamentaria en esta materia de integración de las diversas composiciones del órgano constitucional.

propio documento nacional de identidad. Al margen de ello, sorprende la aprobación de una norma reglamentaria en una materia que el propio Tribunal había declarado de inequívoca naturaleza jurisdiccional. Concretamente, en la STC 114/2006, de 5 de abril, FJ 5, la Sala Primera del Tribunal, con ponencia del magistrado Pablo Pérez Tremps afirmó que «result[a] inequívoco, desde la perspectiva de la concreta naturaleza de la cuestión que se suscita y el órgano al que corresponde resolver sobre la misma, que al aparecer referida al alcance de la publicidad de una resolución de este Tribunal y fundamentarse en la alegación del ejercicio de derechos fundamentales, sea una *cuestión jurisdiccional* de exclusiva competencia de este Tribunal, en tanto que juez del caso en el que se suscita y, a la vez, supremo intérprete de la Constitución y órgano jurisdiccional superior en cuanto afecta a garantías constitucionales (art. 123.1 CE)». Proclamada la naturaleza «inequívocamente» jurisdiccional de la anonimización de resoluciones del Tribunal Constitucional, sorprende su regulación mediante el ejercicio de una potestad, como la reglamentaria, de limitado alcance y que, en los términos del art. 2.2 LOTC, no permite la aprobación de auténticos reglamentos jurídicos.

Otra expresión de esa relación problemática entre las potestades jurisdiccional y reglamentaria nos la ofrece el fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio, que, *obiter dictum*, proporciona una serie de criterios cuya apreciación determinaría la concurrencia del requisito de la especial trascendencia constitucional en las demandas de amparo, a los efectos de entender cumplido el requisito del art. 50.1 b) LOTC. La enumeración de esos criterios no es el resultado típicamente inductivo de la evolución jurisprudencial, sino que avanza las pautas interpretativas que el Tribunal habría de seguir al examinar el cumplimiento de este requisito de admisión introducido por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. La lectura del último párrafo de ese fundamento jurídico nos invita a pensar en su consideración como una suerte de «complemento técnico necesario» de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal, esto es, en una peculiar manifestación de la potestad reglamentaria.

Finalmente, cumple señalar que la preocupación que caracterizara desde un primer momento al Tribunal Constitucional por la forma de sus sentencias, persiguiendo aunar rigor técnico y calidad expositiva, se ha traducido en la aprobación de sucesivas normas de estilo. Las actualmente vigentes fueron aprobadas mediante acuerdo del Pleno del Tribunal de 14 de febrero de 2019 y el lector interesado solo las hallará en la Memoria anual correspondiente a dicho año (<https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/MEMORIA2019.pdf>). Por lo que hace a su naturaleza jurídica, nos hallamos ante una instrucción u orden de servicio, figura ahora recogida en el art. 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, cuya vulneración no vicia a la resolución afectada, al tratarse únicamente de una irregularidad no invalidante⁴⁰.

⁴⁰ Acerca de las instrucciones u órdenes de servicio, *vid.* Mar Moreno Rebato, «Circulaciones, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», en *Revista de Administración Pública*, núm. 147 (1998), pp. 159 y ss., y Carlos Coello Martín y Fernando González Botija, «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: ¿meros actos internos, actos administrativos o reglamentos? Comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio y 12 de diciembre de 2006», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 78 (2007), pp. 267 y ss.

LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

CARLOS ORTEGA CARBALLO
Letrado del Tribunal Constitucional

I. Introducción

El presente trabajo pretende analizar cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) entiende la especial trascendencia constitucional como requisito de admisión de un recurso de amparo desde su doble perspectiva: su vertiente procesal como carga que el recurrente debe cumplir justificando la especial trascendencia de su demanda, y su aspecto material, es decir, que la demanda en sí se refiera un supuesto merecedor de ser considerado de especial trascendencia constitucional. Mientras el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado una consolidada doctrina sobre el aspecto material y formal de la especial trascendencia constitucional, el TEDH se ha enfrentado a este concepto en contadas ocasiones en las que, si bien en líneas generales no se ha mostrado contario a este requisito de admisibilidad, tampoco se puede decir que lo haya elogiado demasiado, más bien, lo ha considerado, con alguna excepción, irrelevante para el ejercicio de sus propias funciones de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

La jurisprudencia del TEDH en relación a derecho de los ciudadanos de acceso a los altos tribunales nacionales intenta mantenerse dentro de la delgada línea que separa los requisitos de admisión para este tipo de recursos extraordinarios, cuya mayor rigurosidad es aceptada por el TEDH, y el excesivo formalismo que pudiera ser considerado lesivo del tal derecho.

II. Líneas generales de la especial trascendencia constitucional como requisito de admisibilidad del recurso de amparo: su vertiente formal y material

La idea esencial de la protección de los derechos humanos en el sistema español se basa en que son los jueces ordinarios los encargados de analizar y, en su caso, restablecer, la violación de un derecho fundamental. Solamente si la vía judicial ordinaria, incluido el incidente de nulidad, no repara la violación, es cuando entra en acción la protección del Tribunal Constitucional siempre con carácter subsidiario y extraordinario, puesto que, debe reiterarse, la protección ordinaria de los derechos fundamentales corresponde a los órganos judiciales ordinarios.

El sistema diseñado desde la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) del año 2007¹ limitó la admisibilidad de los recursos de amparo a aquellos que, además de acreditar la existencia de una violación de un derecho fundamental, justificaran y tuvieran «especial trascendencia constitucional». Este fue un cambio legislativo fundamental que modificó radicalmente el recurso de amparo constitucional, limitando la admisión a trámite de este recurso a supuestos, en teoría, muy específicos².

En contrapartida de esta limitación u objetivación del recurso de amparo, la ley procedía a otorgar a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales *ex* artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial³.

Se trataba de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Es decir, el legislador intentó compensar de alguna manera la reducción del ámbito del recurso de amparo, con una ampliación del objeto de un «nuevo» incidente de nulidad que, a partir de la citada reforma de 2007, se diseñó para poder reparar la lesión de cualquier derecho fundamental y no solamente, como antes de la reforma, las puramente procesales. En definitiva, el legislador intentó ampliar el ámbito del incidente de nulidad para compensar la reducción del ámbito del recurso de amparo.

Desde la mencionada reforma de la LOTIC del 2007, el camino recorrido por el Tribunal Constitucional para definir y divulgar el concepto de la especial trascendencia constitucional y la manera de su correcta justificación ha sido largo y no exento de dificultades⁴.

Es importante destacar, para repartir méritos y responsabilidades, que fue el legislador, y no el Tribunal Constitucional, el que estableció el concepto de especial trascendencia constitucional y la exigencia de su justificación para la admisión de las demandas de amparo. El legislador dio una nueva redacción al art. 49 LOTIC, donde

¹ Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

² Conforme a la nueva redacción del artículo 50.1.b) de la LOTIC, «el recurso de amparo para ser admitido a trámite su contenido debe justificar una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

³ Dicho precepto dispone que «1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario».

⁴ Lo cierto es que tanto el requisito de la especial trascendencia constitucional como la vigente regulación del incidente de nulidad no han sido valoradas positivamente por parte de la comunidad jurídica que ha visto en el primero un obstáculo casi insalvable en la fase de admisibilidad del recurso de amparo y, en el segundo, un ineficaz trámite que, además, no es fácil de cumplir en el tortuoso camino del correcto agotamiento de la vía judicial ordinaria.

se exige que en la demanda de amparo se *justifique*, en todo caso, la especial trascendencia constitucional del recurso⁵.

El Tribunal Constitucional se limita a la interpretación y aplicación de la ley en relación a este requisito procesal. Ahora bien, el art. 50.1.b) LOTC antes citado, es claramente insuficiente para poder saber en qué consiste la especial trascendencia constitucional, ya que se refiere a criterios que resultan altamente genéricos y abstractos. La labor del Tribunal Constitucional en la interpretación de este novedoso concepto se separó en explicar, por un lado, su vertiente formal de carga procesal, y, por otro, su vertiente material.

Cronológicamente, el Tribunal Constitucional comenzó analizando el punto de vista procesal, es decir, en qué consistía la demostración o justificación de que un demanda contenía especial trascendencia constitucional. Así, en el año 2008, el Tribunal Constitucional, a través de dos autos, estableció los principios de esta nueva carga para los recurrentes. El primero de ellos, el ATC 188/2008, de 21 de julio, recordaba que «el recurso de amparo, conforme a lo dispuesto en el art. 50.1 a) LOTC, no puede ser admitido a trámite si el recurrente no cumple —además de los restantes requisitos procesales previstos en los arts. 42 a 44 LOTC— la ineludible exigencia impuesta por el art. 49.1 in fine LOTC de justificar de manera expresa en la demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso, cuya naturaleza sustantiva se refleja en la expresión “en todo caso” empleada por el precepto».

Y ya advertía entonces el Tribunal que «la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental». Asimismo, recordaba que no correspondía al Tribunal «reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de argumentación que sobre él recae en orden a justificar esa especial trascendencia constitucional que, a su juicio, reviste el recurso de amparo que ha interpuesto». Y finalizaba con rotundidad, afirmando que la exigencia prevista en el art. 49.1 in fine LOTC de que en la demanda de amparo se justifique en todo caso la especial trascendencia constitucional del recurso es, además, un requisito insubsanable⁶.

⁵ El Tribunal Constitucional en la STC 22/2020, de 13 de febrero, reitera doctrina consolidada previa y afirmando que «conviene recordar que la previsión del art. 49.1 in fine LOTC —“[e]n todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”— se configura como una *carga procesal* de la parte y, al tiempo, como *instrumento de colaboración* con la justicia constitucional, habida cuenta de que el legislador ha querido que la valoración del Tribunal acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso venga siempre precedida de la iniciativa y apreciaciones de la parte, recogidas en su escrito de demanda».

⁶ Explicaba el Tribunal que «habida cuenta de que la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 in fine LOTC) es una inexcusable exigencia argumental para el recurrente, vinculada con un requisito de orden sustantivo cuyo cabal cumplimiento se conecta con la mejor ordenación, en su conjunto, del recurso de amparo tal como resulta de la reforma introducida por Ley Orgánica 6/2007, no cabe admitir que el incumplimiento de esta carga en la demanda de amparo constituya un defecto subsanable, no siendo, en consecuencia, procedente la apertura del trámite de subsanación previsto en el art. 49.4 LOTC (ni tampoco, obviamente, la subsanación por propia iniciativa del recurrente). Entender lo contrario supondría, además, desconocer que la interposición del recurso de amparo está sujeta a plazos de caducidad preclusivos, que no pueden ser reabiertos para dar cumplimiento a un requisito que afecta directamente a la determinación misma de la pretensión deducida en el recurso de amparo».

Abundando en estos argumentos, en el ATC 289/2008, de 22 de septiembre, el Tribunal recordaba que la justificación de la especial trascendencia constitucional en la demanda no se puede considerar que represente meros formalismos, ya que está justificado por la necesidad de proporcionar los elementos necesarios para la formulación del juicio que corresponde hacer al Tribunal.

De las resoluciones señaladas, cuyos criterios han sido consolidados por numerosas resoluciones posteriores, se puede concluir que la vertiente formal de especial trascendencia constitucional, es decir su justificación, reúne las siguientes características. La primera y más importante es que constituye una imposición del legislador que introdujo este requisito formal en la reforma de 2007 antes señalada. En segundo lugar, no se trata solamente de una cuestión formal, de una carga solo de carácter procesal, se ha configurado como un elemento también sustantivo de colaboración con el Tribunal Constitucional en su función de defensa de los derechos fundamentales. Se ha establecido como un requisito de carácter insubsanable por lo que su ausencia o insuficiencia dará lugar a la inadmisión del recurso de amparo sin que este previsto en la ley la posibilidad de su subsanación. Y, por último, la justificación de la especial trascendencia constitucional, si bien puede ser interpretada de manera flexible por el Tribunal, no puede ser objeto de reconstrucción por parte del Alto Tribunal.

En cuanto a la vertiente material de la especial trascendencia constitucional, fue en 2009, en la STC 155/2009, cuando el Tribunal intenta señalar que supuestos podrían gozar de especial trascendencia constitucional⁷.

⁷ En este sentido considera en FJ 2, que «cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido. Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, conse-

La enumeración realizada por el Tribunal en dicha sentencia ayudó a entender que casos podrían gozar de la protección de un recurso de amparo, ahora bien, no resolvió definitivamente el problema puesto que si esa lista quería ser útil debía utilizar, como así se hizo, conceptos e ideas genéricos, lo que deja abierto a la interpretación del Tribunal cada uno de los apartados referidos. Lo cierto es que dicha sentencia de 2009, estableció un punto de partida del recorrido de concepto de la trascendencia constitucional, que incluso fue asumido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 20 de enero de 2015, asunto Arribas Antón contra España, como se verá más adelante.

Es obvio que, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la vertiente formal y material de la especial trascendencia constitucional ha dado, y sigue dando, una variada casuística sobre el tema. No hay que olvidar que la falta de especial trascendencia o de su ausencia o insuficiente justificación es, todavía hoy en día, uno de los principales motivos de inadmisión de demandas de amparo⁸.

III. La especial trascendencia constitucional como requisito de admisibilidad de un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Desde la entrada en vigor de la reforma del 2007 y la exigencia de la especial trascendencia constitucional en la admisión de los recursos de amparo, existían dudas de cómo iba a ser interpretado el nuevo régimen del recurso de amparo por el Tribunal de Estrasburgo. No se puede olvidar que el TEDH, en general, es especialmente vigilante en relación con aquellos requisitos que, a nivel nacional, pudieran entorpecer el derecho de los ciudadanos de acceder a un tribunal⁹.

Para examinar la posición del TEDH sobre el requisito de la especial trascendencia constitucional y su justificación, es necesario analizar cronológicamente las resoluciones en las que ha analizado este requisito, bien, su vertiente sustantiva, bien, su vertiente

ciencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios».

⁸ Según la *Memoria* del Tribunal Constitucional, de los 8.528 recursos de amparo ingresados durante el año 2022, se inadmitieron por falta de justificación de la especial trascendencia constitucional, 582 demandas (un 8,5% del total de demandas planteadas en 2022). Por insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional, 3.009 demandas (un 44,9% de las demandas), y por falta de especial trascendencia constitucional, 1.540 (un 22,67% de las demandas). Es decir, el 76,07 por ciento de las demandas planteada en 2022 fueron inadmitidas por una causa directamente relacionada con la especial trascendencia constitucional.

⁹ Además, cada alto tribunal que se sabe no fiscalizado ni fiscalizable, tiende a ser muy flexible con sus propios criterios de admisión de los recursos de los que conoce, y más crítico con la aplicación de requisitos similares por parte de otros tribunales a los que sí puede controlar. Esto le ocurre al propio TEDH para quien cualquier defecto meramente formal en una demanda planteada frente a él provoca su automático rechazo sin que, en principio, queda un trámite de subsanación (artículo 47 de la Reglas del Tribunal). Solamente pueden ser «subsanados» errores formales si dicha subsanación llega al TEDH dentro del plazo de cuatro meses establecido para interponer una demanda.

procesal. En síntesis, se puede afirmar que la vertiente material ha sido aceptada sin entusiasmo, a la vez que el TEDH la considera irrelevante para el desempeño de su defensa de los derechos humanos. En cuanto a su aspecto formal, como carga procesal, su línea jurisprudencial no está, hasta la fecha, consolidada, existiendo pronunciamientos dispares.

La cuestión sustantiva o material de si un caso concreto tiene especial trascendencia constitucional, ha sido, y sigue siendo, indiferente para el TEDH. Desde sus primeros pronunciamientos tras la entrada en vigor del nuevo requisito de admisibilidad de los recursos de amparo, el hecho de que un recurso de amparo hubiera sido inadmitido por falta de especial trascendencia constitucional, no tenía ninguna consecuencia en el análisis del recurso por parte del TEDH¹⁰. Así ha seguido siendo. El TEDH no repara en esta causa de inadmisibilidad de los recursos de amparo para declarar, en su caso, una violación del Convenio¹¹.

La primera ocasión que el TEDH analizó realmente el requisito de la especial trascendencia constitucional, refiriéndose a sus dos vertientes, fue en la STEDH de 20 de enero de 2015, al analizar el caso Arribas Antón contra España. El recurrente, que ejercía como Auxiliar psiquiátrico, había sido sancionado por una falta disciplinaria muy grave según lo dispuesto en el Estatuto del Personal Sanitario No Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Tras la impugnación de la sanción en la vía judicial, interpuso recurso de amparo que fue inadmitido por falta de justificación de la especial trascendencia constitucional. El demandante se quejaba ante el TEDH, en particular, de la inadmisión de su recurso de amparo, alegando que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva; consideraba que el motivo de inadmisión aducido por el Tribunal Constitucional era en exceso formal, y que la interpretación del criterio de admisibilidad era contraria al Convenio. Invocaba los artículos 6¹² §§ 1 y 13¹³ del Convenio.

Por tanto, el objeto de su recurso en Estrasburgo era, precisamente si la exigencia, so pena de inadmisión, de la justificación de la especial trascendencia constitucional de una demanda de amparo era conforme al Convenio. En su análisis, el TEDH recuerda su consolidada doctrina sobre el derecho de los ciudadanos a un Tribunal, subrayando que no es un derecho absoluto y que se presta a unas limitaciones implícitamente admitidas, especialmente en lo que respecta a los requisitos de admisibilidad

¹⁰ Por ejemplo, ver STEDH Manzanos Martín c. España, no 17966/10, 3 de abril de 2012.

¹¹ Por ejemplo, ver STEDH 16 noviembre 2023, caso G.T.B. STEDH 20 julio 2023, caso Pino Ortiz y otros. STEDH 8 noviembre 2022, caso Ayuso Torres. STEDH 8 marzo 2022, caso Reyes Jiménez.

¹² El Artículo 6 dispone que «1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella [...]».

¹³ El artículo 13 dispone que: «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

de un recurso, ya que requiere por su misma naturaleza, una normativa por parte del Estado quien goza, a este respecto, de un cierto margen de apreciación¹⁴.

Advierte sin embargo el TEDH que dichas posibles limitaciones no deben restringir el acceso abierto al individuo hasta un punto tal que este derecho se vulnerara en su sustancia misma. Además, el TEDH recuerda que el artículo 6 del Convenio no obliga a los Estados contratantes a crear jurisdicciones de apelación o de casación y, aún menos, jurisdicciones competentes en materia de amparo. Ahora bien, si un Estado se dota de jurisdicciones de esta naturaleza tiene la obligación de velar por que los justiciables gocen, ante ellas, de las garantías fundamentales del artículo 6. Es decir, el CEDH no exige la existencia de un recurso de amparo ante un Tribunal Constitucional, pero si ha sido establecido por el Estado, la regulación de dicho recurso debe respetar los principio y derechos contenidos en el Artículo 6 CEDH.

En este sentido, el TEDH, si bien ha reconocido que los requisitos de admisibilidad para un recurso de amparo pueden ser más rigurosos que para un recurso ordinario¹⁵, también ha concluido en varias ocasiones que determinadas formalidades que deben respetarse para interponer un recurso, pueden llegar a vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva cuando sean en demasía formalistas¹⁶.

Analizando la concreta queja del demandante, el TEDH observó *i)* que la decisión del Tribunal Constitucional de inadmisión de su recurso de amparo estaba fundada en la reforma operada en la LOTC, por la Ley Orgánica no 6/2007 de 24 de mayo de 2007; *ii)* que el demandante interpuso su recurso de amparo el día 9 de julio de 2010, tiempo después de que el Tribunal Constitucional hubiera pronunciado los autos 188/2008 del 21 de julio de 2008 y 289/2008 del 22 de septiembre de 2008 y con posterioridad a la STC 155/2009 del 25 de junio de 2009; y *iii)* que el demandante conocía o debía conocer la reforma legal y los criterios ya establecidos por el Tribunal Constitucional en relación con la especial trascendencia constitucional y la carga procesal de su justificación. Este detalle temporal es clave para el TEDH puesto que pondera la diligencia o su falta, del recurrente y su abogado.

El TEDH recuerda que no le incumbe valorar la procedencia de las elecciones de política jurisprudencial operadas por las jurisdicciones internas, y que su papel se limita a comprobar la conformidad al Convenio de los efectos de dichas elecciones¹⁷. Asimismo, trae a colación su consolidada doctrina que establece que la normativa referente a las formalidades y plazos a respetar para interponer un recurso tiene como objeto asegurar, especialmente, el respeto del principio de seguridad jurídica, y que este principio exige, en este caso, que el Tribunal Constitucional defina el contenido y el alcance del crite-

¹⁴ Ver *García Manibardo c. España*, no 38695/97, § 36, CEDH 2000-II, y *Mortier c. Francia*, no 42195/98, § 33, 31 de julio de 2001.

¹⁵ Ver *Brualla Gómez de la Torre c. España*, § 37, 19 de diciembre de 1997, Compendio 1997-VIII, y *Běleš y otros*, § 62.

¹⁶ Ver *Běleš y otros*, anteriormente citada, § 69, *Zvolský y Zvolská c. Republica checa*, no 46129/99, § 55, CEDH 2002-IX, y *Ferré Gisbert c. España*, no 39590/05, § 28, 13 de octubre de 2009.

¹⁷ Recuerda que no es su papel sustituir a los órganos judiciales nacionales y, especialmente, cuando se trata de la interpretación, por parte de los Tribunales, de las normas de naturaleza procedimental tales como los plazos que se deben respetar o de los requisitos de admisibilidad.

rio de especial trascendencia constitucional, y, además, que explicita su aplicación en los asuntos declarados admisibles con el fin de garantizar una buena administración de la justicia¹⁸. Es decir, los interesados deben poder contar con que las decisiones tomadas a este respecto por el Tribunal Constitucional sean aplicadas.

En definitiva, el TEDH estima que el fin pretendido por el cambio legislativo de 2007 era legítimo, ya que persigue mejorar el funcionamiento del Tribunal Constitucional y reforzar la protección de los derechos fundamentales, y esto para evitar una saturación excesiva de la función de dicho Tribunal para asuntos de menor importancia¹⁹. Por otra parte, el TEDH estima que el hecho de subordinar la admisibilidad de un recurso de amparo a la existencia de circunstancias objetivas y a su justificación por parte del recurrente, siendo éstos criterios previstos por la Ley e interpretados por la jurisprudencia constitucional —tales como la trascendencia de la causa para la interpretación, la aplicación o la eficacia general de la Constitución o para determinar el contenido y el alcance de los derechos— no es, como tal, desproporcionado o contrario al derecho de acceso al Tribunal Constitucional.

Además, observa que el Tribunal Constitucional aplica los criterios en cuestión dando muestras de flexibilidad: en efecto, tiene en cuenta la fecha de interposición del recurso de amparo respecto del pronunciamiento de su STC 155/2009 que enumeraba, de forma no exhaustiva, situaciones susceptibles de ser consideradas cómo revistiendo una especial trascendencia constitucional. El TEDH subraya que los criterios objetivos que el Tribunal Constitucional debe precisar y aplicar en su jurisprudencia, estaban ya mencionados en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/2007 que entró en vigor el 25 de mayo de 2007.

No obstante, el TEDH hace hincapié en subrayar que el hecho de que el Tribunal Constitucional haya declarado inadmisibile un recurso de amparo aduciendo que no revestía la especial trascendencia constitucional requerida o, en su caso, que el recurrente no había acreditado la existencia de tal trascendencia, no impide que el TEDH se pronuncie sobre la admisibilidad y el fondo de una demanda que se le plantea sobre este asunto²⁰.

En definitiva, el TEDH estima que el demandante no ha sufrido ningún obstáculo desproporcionado en relación con su derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por artículo 6 § 1 del Convenio. En consecuencia, no ha habido violación de esta disposición²¹.

¹⁸ Esta última afirmación produjo como consecuencia que desde la publicación de la sentencia Arribas Antón, el Tribunal Constitucional explicita en sus sentencias la especial trascendencia constitucional apreciada en cada caso que es admitido a trámite.

¹⁹ Habida cuenta de la especificidad del papel que juega el Tribunal Constitucional, cómo jurisdicción suprema de protección de los derechos fundamentales, el TEDH estima que se puede admitir que el procedimiento seguido ante dicho Tribunal lleve aparejado un mayor formalismo.

²⁰ Ver, entre otras, *Del Río Prada c. España* [GC], n.º 42750/09, CEDH 2013, *Manzanas Martín c. España*, no 17966/10, 3 de abril de 2012, y *R.M.S. c. España*, no 28775/12, 18 de junio de 2013, sentencias dictadas por el TEDH a raíz de decisiones de inadmisibilidad de los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional español.

²¹ En lo que respecta a un alegado defecto de motivación del Tribunal Constitucional en decisiones de admisibilidad de recursos de amparo, el TEDH recuerda haber juzgado que el rechazo de un recurso moti-

Esta primera sentencia del TEDH, por una parte, declara conforme al Convenio el requisito de la especial trascendencia constitucional y de su justificación formal, pero, por otra, deja ver la irrelevancia que para el TEDH tiene este requisito. Es decir, considera en el caso del recurrente que la inadmisión de su recurso de amparo por falta de justificación de la especial trascendencia constitucional es acorde al CEDH porque tal requisito no es especialmente formalista, pero al mismo tiempo recuerda que la inadmisión de un recurso de amparo por dicho defecto, no le impide entrar al fondo de la demanda si así lo considera oportuno²².

Este primer acercamiento del TEDH a la especial trascendencia constitucional tuvo un resultado previsible, la decisión del Tribunal Constitucional español sobre la especial trascendencia o no de una demanda, no impide al TEDH a conocer del fondo de la queja del demandante. Esto era de esperar, puesto que no cabía entender, de ningún modo, que ese requisito «nacional» de admisión de una demanda de amparo se trasladara sin más, a la fase de admisión de una demanda ante el TEDH.

Más dudas surgen de la afirmación que contenía esta sentencia relativa a que no impedirá que el TEDH se pronuncie sobre la admisibilidad y el fondo de una demanda el hecho de que *el recurrente no haya acreditado la existencia de tal trascendencia*.

Si se admite que la carga de justificar la especial trascendencia constitucional es acorde al Convenio y que, por tanto, el recurrente debe cumplir con dicha carga procesal, el no hacerlo o el hacerlo de manera insuficiente, no debería resultar indiferente al TEDH en la fase de admisión de sus demandas a la hora de analizar el correcto agotamiento de los recursos nacionales para respetar el principio de subsidiariedad que preside siempre la actuación del Tribunal de Estrasburgo. Sin embargo, en esta sentencia en 2015 el TEDH no reparó demasiado en esta cuestión. Hubo que esperar hasta el año 2020 para que el TEDH tuviera ocasión de enfrentarse de nuevo con este problema al analizar el caso Álvarez Juan contra España.

Efectivamente, si bien en la Sentencia Arribas Antón el TEDH se refirió a la vertiente formal de la especial trascendencia constitucional, lo cierto es que no se detuvo demasiado en analizar tal aspecto. Todo lo contrario ocurrió al estudiar el caso Álvarez Juan contra España, decisión de inadmisión de 29 de septiembre de 2020.

vado por la sola referencia a la disposición de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional aplicable al asunto, había cumplido con las exigencias del artículo 6 del Convenio y estaba desprovisto de arbitrariedad (Almenara Álvarez c. España, no 16096/08, § 27, 25 de octubre de 2011, Varela Geis c. España (dec.), no 61005/09, § 38, 20 de septiembre de 2011, y Rupprecht c. España (dec.), no 38471/10, § 17, 19 de febrero de 2013). El TEDH recuerda al respecto que no puede ir contra el Convenio, el que una jurisdicción superior rechace un recurso limitándose a citar las disposiciones legales previstas en tal procedimiento, en tanto los problemas planteados por el recurso no revistan una trascendencia especial o si el recurso no tuviera suficientes visos de prosperar (ver, mutatis mutandis, las siguientes decisiones relativas a decisiones de inadmisibilidad de recursos constitucionales (Verfassungsbeschwerden) del Tribunal Constitucional federal alemán: Simon c. Alemania (decisión), no 33681/96, 6 de julio de 1999, Teuschler c. Alemania (dec.), no 47636/99, 4 de octubre de 2001, Greenpeace E.V. y otros c. Alemania (dec.), no 18215/06, 12 de mayo de 2009, y John c. Alemania (dec.), no 15073/03, 13 de febrero de 2007).

²² Por ejemplo, las sentencias de Gran Sala del caso Del Rio Prada sobre la doctrina Parot de 21 de octubre de 2013.

La recurrente había participado en 2011 en unas concentraciones ante el Parlamento de Cataluña. Como consecuencia de diversos altercados con cierta violencia se inició un proceso penal contra, entre otros manifestantes, la recurrente. Si bien en un primer momento, la Audiencia Nacional sostuvo en su sentencia que la conducta que se imputaba a los acusados, incluida la demandante, debía considerarse parte de su derecho fundamental de manifestación, y que no se había cometido ningún abuso o exceso por su parte, recurrida la sentencia, el Tribunal Supremo condenó a cada uno de los acusados, incluida la recurrente, a tres años de prisión por delitos contra las instituciones del Estado.

La demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue inadmitido por providencia por no haber cumplido la obligación que le incumbe en virtud del artículo 49.1 de la LOTC de justificar la especial trascendencia constitucional de su recurso.

En esta ocasión, el TEDH matizando su doctrina de 2015 en el caso *Arribas Antón*, inadmitió esta demanda precisamente porque entendió que la recurrente no había agotado los recursos nacionales al no haber planteado correctamente el recurso de amparo.

Así, entendía el TEDH que «el recurso de recurso de amparo interpuesto por la demandante fue declarado inadmisibile de virtud del art. 50.1 a) de la LOTC, por un vicio procesal insubsanable, en la medida en que se ha incumplido la obligación legal de la interesado de acreditar específicamente que su recurso revestía especial trascendencia constitucional».

El TEDH recuerda a este respecto que la regla del agotamiento de los recursos internos recursos no exige únicamente que se hayan presentado recursos ante los órganos jurisdiccionales internos competentes, sino que también, exige que se presente correctamente²³.

Analizando las concretas circunstancias del caso, el TEDH, coincidiendo plenamente con el criterio del Tribunal Constitucional, observa que *i)* la demandante interpuso su recurso de amparo en 2015, mucho después de que el Tribunal Constitucional hubiera dictado los autos 188/2008, de 21 de julio de 2008, y 289/2008, de 22 de septiembre de 2008 y la sentencia 155/2009, de 25 de junio de 2009; y *ii)* que en el ordenamiento jurídico español es el legislador, y no el Tribunal Constitucional, el que estableció tanto el concepto de «especial trascendencia constitucional» y la exigencia de que sea justificada por el demandante; *iii)* que el recurrente no sólo debe invocar un derecho fundamental protegido por el amparo [art. 50 § 1 b) de la LOTC], sino también, como exige la LOTC), sino también, como exige el artículo 49 § 1 in fine de la LOTC, justificar la «especial trascendencia constitucional» de su actuación; y *iv)* que el recurrente de amparo debe cumplir también la «exigencia imperativa de justificar explícitamente en la demanda la especial su especial trascendencia constitucional». En

²³ El Tribunal recuerda su jurisprudencia reiterada en el sentido de que no existe un agotamiento de los recursos judiciales nacionales cuando se haya declarado la inadmisibilidad de un recurso por incumplimiento de una formalidad. Es decir, para considerar que se han agotado los recursos nacionales cumpliendo con el requisito de subsidiariedad, los recursos deben haber sido interpuesto de manera correcta.

definitiva, el TEDH en esta resolución acoge, sin fisuras, la doctrina del Tribunal Constitucional²⁴.

El TEDH constató que la demandante no había cumplido en modo alguno la obligación que le impone la LOTC de justificar la especial trascendencia constitucional de su recurso de amparo, ni en la forma, esto es, en un concreto en un apartado concreto de su demanda, ni en cuanto al fondo, es decir, exponiendo los motivos por los que consideraba que el recurso le parecía que revestía la importancia constitucional requerida. Además, el TEDH considera importante destacar que la demandante estuvo representada por un abogado durante todo el procedimiento y no alegó que fuera incapaz de cumplir los requisitos formales para la interposición del recurso de amparo, ni que fuera objetivamente imposible alegar que su recurso revestía importancia constitucional.

El TEDH recuerda que supeditar la admisibilidad de un recurso de amparo a la existencia de circunstancias objetivas no es en sí misma contraria al derecho de acceso al Tribunal Constitucional. Y vuelve a afirmar que el hecho de que el Tribunal Constitucional haya declarado inadmisibles un recurso de amparo por carecer de especial relevancia constitucional no impide que el TEDH se pronuncie sobre la admisibilidad y el fondo de un recurso interpuesto ante él. Sin embargo, y esto es lo novedoso, afirma el TEDH que cuando el recurrente no cumple con la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo, este incumplimiento da lugar a la inadmisión a trámite del recurso de amparo y dará lugar a la inadmisibilidad, por falta de agotamiento de los recursos internos, de su demanda ante el TEDH. En consecuencia, considera que no existen motivos para excluir la aplicación del artículo 35 § 1 del Convenio.

En conclusión, considera que el demandante acudió al TEDH *per saltum* y no dio al Tribunal Constitucional la oportunidad que el artículo 35 del Convenio brinda en principio a los Estados contratantes: la de prevenir o remediar en su prevenir o remediar en sus ordenamientos jurídicos internos las violaciones del Convenio.

Quedaba claro, por tanto, que, con esta decisión, el TEDH entendía que la interposición de un recurso de amparo de manera incorrecta, como son aquellos recursos que se interponen sin justificar la especial trascendencia constitucional, no solo merecía la inadmisión en sede del Tribunal Constitucional, sino que también suponían un incumplimiento de las reglas del Convenio en cuanto al correcto agotamiento de los recursos nacionales.

Pero todavía el TEDH iba a dar un paso más. Dentro del diálogo, no siempre fácil, entre el TEDH y el Tribunal Constitucional, su punto de mayor entendimiento en cuando a este requisito se produjo en la decisión del caso Morales Rodríguez y Vázquez Moreno contra España, de 24 de noviembre de 2020.

El supuesto de hecho era idéntico al resuelto en el caso Álvarez Juan, manifestantes condenados en segunda instancia a prisión por un delito contra las instituciones del

²⁴ El TEDH afirmó que este requisito no puede ser subsanable, que es algo distinto de justificar la existencia de una violación de un derecho, y que no le corresponde al Tribunal Constitucional reformular de oficio un recurso cuyo autor no ha demostrado la especial importancia constitucional que le atribuye.

Estado. No obstante, en este caso los recursos de amparo fueron inadmitidos por *insuficiente* justificación de la especial trascendencia constitucional de su demanda. El TEDH inadmite los recursos por defectuoso agotamiento de la vía judicial nacional y se remite a la Decisión del caso Álvarez Juan contra España. Es decir, la defectuosa o insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional suponía un defectuoso agotamiento de la vía previa.

No obstante, advierte el TEDH que no se puede descartar el riesgo de que la condición establecida en el artículo 49.1 *in fine* de la LOTC, pueda suponer un exceso de formalismo y recuerda que, si bien no le corresponde sustituir al Tribunal Constitucional de un Estado miembro en la evaluación de las condiciones de admisibilidad de un recurso, sí que le incumbe «verificar que la evaluación realizada por el Tribunal Constitucional a este respecto no sea tan formalista como para restringir el acceso de un litigante a un recurso efectivo». Por consiguiente, el TEDH sigue siendo competente para evaluar cualquier formalismo excesivo por parte del Tribunal Constitucional nacional al examinar las condiciones de admisibilidad como las del presente caso.

Analizando las concretas circunstancias en cuanto a la justificación de la especial trascendencia constitucional dada por los demandantes, considera el TEDH que, bajo el epígrafe formal de justificación de la especial trascendencia constitucional, los demandantes no llevaron a cabo una verdadera justificación de por qué su caso requería una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional²⁵. Destaca el TEDH que los demandantes, representados por un abogado durante todo el procedimiento, no especificaron las razones por las que habrían necesitado un período de tiempo más largo para presentar su recurso de manera adecuada, ni que no hayan podido cumplir los requisitos formales o que les haya sido objetivamente imposible argumentar que su recurso contenía especial trascendencia constitucional.

El TEDH considera que los demandantes no hicieron ningún esfuerzo para intentar cumplir con el requisito de justificar la especial trascendencia constitucional de su recurso en la medida en que, aparte del hecho de que los argumentos relativos a la supuesta violación de sus derechos no eran particularmente elaborados, se limitaron a enumerar determinados casos en abstracto sin establecer ninguna conexión con su caso y sin hacer ningún esfuerzo intelectual para cumplir con la condición mencionada.

En esta resolución, el TEDH, de alguna manera y a pesar de afirmar lo contrario, sustituye al Tribunal Constitucional y realiza un juicio sobre la suficiencia o no de la justificación de la especial trascendencia constitucional de la demanda. Lo hizo a los solos efectos de valorar si los recurrentes habían agotado correctamente los recursos nacionales, llegando a la conclusión de que no fue así. No obstante, se preocupó el TEDH especialmente de recordar que es el encargado de verificar que la evaluación

²⁵ En efecto, por un lado, la queja relativa al juicio justo era una mera referencia a ciertos precedentes del TC y del TEDH (que supuestamente fueron ignorados por el Tribunal Supremo); por otro lado, la queja relativa a la presunción de inocencia era una mera referencia a un precedente del TC. Así pues, los demandantes no se refirieron a circunstancias que pudieran dar a su caso una importancia tal que justificara un examen por parte del Tribunal Constitucional, independientemente de que se violaran los derechos invocados. De hecho, considera el TEDH, no hicieron ningún esfuerzo para intentar cumplir con el requisito de justificar la especial importancia constitucional de su recurso.

realizada por el Tribunal Constitucional a este respecto no sea tan formalista como para restringir el acceso de un litigante a un recurso efectivo.

Con estas decisiones que se acaban de comentar, el TEDH mandaba un mensaje claro a los demandantes españoles. El requisito de la especial trascendencia constitucional en su vertiente formal de su justificación en la demanda de amparo, debe ser ineludiblemente cumplimentado y, si no es así, no solo el Tribunal Constitucional inadmitirá el recurso de amparo, sino que también el TEDH rechazará la demanda ante él interpuesta por falta de un correcto agotamiento de los recursos nacionales.

En relación con la especial trascendencia constitucional, son estas resoluciones las que plasmaron un mejor entendimiento entre el TEDH y el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, como nada dura para siempre, esta doctrina del TEDH volvió a ser matizada en 2021. En la STEDH de 26 de octubre de 2021, caso León Madrid contra España, el Tribunal Constitucional, mediante la STC 176/2012, de 15 de octubre, había inadmitido el recurso de amparo por no haber justificado la demandante la especial trascendencia constitucional en la demanda. El supuesto de hecho se refería al orden de los apellidos de la hija de la demandante que combatía la resolución judicial que impuso en primer lugar el apellido del padre seguido del materno.

No es usual que el Tribunal Constitucional inadmita una demanda de amparo en sentencia. En la citada STC 176/2012, el Tribunal recordaba que «a fin de evitar un excesivo formalismo, ha aplicado un criterio de flexibilidad para valorar las demandas de amparo anteriores a la publicación en el Boletín Oficial del Estado, de 28 de julio de 2009, de la STC 155/2009, que acotó el perfil abierto del concepto de “especial trascendencia constitucional” y, con ello, facilitó a los recurrentes el cumplimiento de la carga justificativa que les exige el art. 49.1 LOTC tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo». Y entendía, sin embargo, que el rigor en la valoración de esta exigencia no puede atemperarse cuando el recurrente formula la demanda de amparo en fecha posterior a la referida STC 155/2009. El Tribunal Constitucional constata y explicaba en sentencia que la demanda de amparo «no contiene una justificación suficiente de su especial trascendencia constitucional conforme al art. 49.1 LOTC. La demanda, no es ya que carezca de un apartado sobre su especial trascendencia constitucional, es que *no menciona siquiera este requisito*. Es más, no se halla esfuerzo argumental alguno destinado a vincular la vulneración constitucional alegada con los criterios del art. 50.1 b) LOTC. La demanda *desconoce pura y simplemente* que, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, pesa sobre el recurrente la carga de argumentar explícitamente que el amparo solicitado tiene una proyección objetiva». Consecuentemente, el recurso fue inadmitido en sentencia unánime.

En esta ocasión, cuando la recurrente acude al TEDH, este considera, atendiendo a las concretas circunstancias del caso, que la demandante sí realizó un «esfuerzo de argumentación» para justificar la especificidad de sus alegaciones y no se limitó a reproducir las alegaciones de vulneración de sus derechos fundamentales.

El TEDH analiza en qué medida la demandante cumplió con dicha carga y señala que, a pesar de no encontrarse en un apartado concreto dedicado a la trascendencia constitucional en la demanda de amparo, tras su lectura se «puede aceptar que la

demandante llevó a cabo un “esfuerzo de argumentación” para justificar la especificidad de sus afirmaciones, no limitándose a reproducir las alegaciones de violación de sus derechos fundamentales». Asimismo, el TEDH toma en consideración el hecho de que la demandante interpuso su recurso de amparo en noviembre de 2009, sólo unos meses después de la sentencia 155/2009, de 25 de junio, del Tribunal Constitucional²⁶. En definitiva, el TEDH consideró que la demandante había intentado cumplir con el requisito de justificar la especial trascendencia constitucional de su recurso. Por tanto, declaró admisible el recurso y declaró la existencia de una violación del CEDH²⁷.

Es discutible en este caso que el TEDH no se haya excedido en la sustitución del juicio llevado a cabo por el Tribunal Constitucional. Como antes se ha apuntado, el TEDH siempre tiene la potestad de valorar si el juicio sobre si la justificación de la especial trascendencia constitucional llevado a cabo por el Tribunal Constitucional pudiera haber sido demasiado severo, constituyendo un formalismo excesivo. Ahora bien, llama la atención que en un caso en el que el Tribunal Constitucional decide explicar motivadamente en una sentencia unánime por qué no considera justificada la trascendencia constitucional, el TEDH «sustituya» dicha apreciación para terminar declarando una violación del Convenio.

En definitiva, toda la rotundidad plasmada en la decisión de los casos Álvarez Juan, Morales Rodríguez y Vázquez Moreno (recurrentes condenados en vía penal), se desvanece en el caso León Madrid (recurrente que pretendía el cambio de orden de los apellidos de su hija).

En los dos primeros casos, los recursos de amparo fueron inadmitidos por providencia de tres magistrados que consideraron que los recurrentes, o bien no justificaron o lo hicieron de manera insuficiente la especial trascendencia constitucional. En el tercero, seis magistrados explican en sentencia que la recurrente «no menciona siquiera este requisito» y que «desconoce pura y simplemente que, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, pesa sobre el recurrente la carga de argumentar explícitamente que el amparo solicitado tiene una proyección objetiva».

Sin embargo, el TEDH dio por buenas las providencias y el criterio en ellas expresado y censuró la sentencia. Debe recordarse que no se trataba de valorar si esta última demanda tenía especial trascendencia constitucional, algo indiferente para el TEDH, se trataba de decidir si la justificación de esa especial trascendencia constitucional se había llevado a cabo de manera adecuada.

Más recientemente, en la decisión de 12 de octubre de 2023, al rechazar la demanda planteada por el rapero conocido como Pablo Hasel²⁸, si bien el TEDH finalmente inadmitió el recurso por ser manifiestamente mal fundado, recordó sus anteriores decisiones de Álvarez Juan c. España y Morales Rodríguez y Vázquez Moreno c. España, reiterando que «cuando un demandante es responsable de un vicio insubsanable, como la absoluta o suficiente falta de justificación de la especial trascendencia constitucional

²⁶ Este mismo dato sirvió al Tribunal Constitucional para considerar una falta de diligencia de la parte.

²⁷ STEDH de 26 de octubre de 2021, caso León Madrid contra España.

²⁸ Su recurso de amparo había sido inadmitido mediante providencia por insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional.

de un recurso, no considera que los recursos internos se hayan agotado adecuadamente». Estima que cuando se rechaza un recurso de amparo porque el demandante no ha justificado su especial trascendencia constitucional, o no la ha justificado adecuadamente, ello implica una falta de diligencia de la que sólo es responsable el demandante, con el resultado de que su demanda ante el Tribunal se declarada inadmisibile por falta de agotamiento de los recursos internos.

En definitiva, el repaso de la jurisprudencia del TEDH en los últimos años en relación con la especial trascendencia constitucional y su justificación no invita al optimismo. Por optimismo no debe entenderse una aplicación más o menos rigurosa del requisito de la justificación de la especial trascendencia constitucional, simplemente, una aplicación previsible. La seguridad jurídica y el principio de igualdad deben valores esenciales, también, en el tortuoso camino del agotamiento de la vía judicial nacional y el principio de subsidiariedad.

IV. La especial trascendencia constitucional y el correcto agotamiento de la vía judicial nacional

Dejando aparte el problema de la justificación de la especial trascendencia constitucional y volviendo a su vertiente material, puede deducirse con claridad de la jurisprudencia señalada que al TEDH no le vincula en absoluto la decisión por parte del Tribunal Constitucional sobre la falta de especial trascendencia constitucional de una demanda. Por tanto, el TEDH podrá entrar a analizar el fondo de la demanda.

Es decir, al TEDH solamente le hace falta detectar una violación de un derecho de Convenio para declarar en sentencia dicha violación; esta circunstancia, que era fácilmente previsible por el legislador de 2007, supone que España acepta que será condenada en un número de casos sin que el Tribunal Constitucional sea capaz de evitarlo. Serán aquellos casos en los que una violación de un derecho fundamental, no reparada en la vía ordinaria, sea inadmitida *ex lege* por el Tribunal Constitucional por no llevar aparejada dicha violación de la requerida especial trascendencia constitucional. Por ello son condenas que podemos denominar *asumidas*. El Tribunal Constitucional, con la vigente regulación del recurso de amparo, no será capaz de evitar estas condenas²⁹.

Como se ha visto, esta discordancia entre el ámbito de protección de ambos tribunales no es contraria al Convenio. Ahora bien, puesto que para el TEDH el hecho de que una demanda de amparo posea especial trascendencia constitucional le es indiferente, puesto que no le impide admitir a trámite dicha demanda y llegar a declarar la exis-

²⁹ Gráficamente se puede representar a través de dos círculos concéntricos. En el círculo interior, cuyo tamaño dependerá de la amplitud o estrechez con la que el Tribunal Constitucional interprete el concepto de especial trascendencia constitucional, se encontrarán las violaciones de derechos que podrán ser reparadas por ambos tribunales. Serán aquellas violaciones de derechos que además cuenten con una especial trascendencia constitucional. En el área entre ambos círculos se encontrarán las violaciones de derechos en las que el Tribunal Constitucional no aprecie la existencia de especial trascendencia constitucional, que solamente pueden ser reparadas, bien en su momento por los órganos judiciales ordinarios, bien, a *posteriori*, por el TEDH.

tencia de una violación del Convenio, podría llegar a plantearse por los demandantes que, en aquellos casos en los que sus demandas carecen, a su juicio, de especial trascendencia constitucional no fuera necesario acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional y podrían acudir directamente ante el TEDH.

Este riesgo, hoy por hoy, no debería ser un problema. No es el recurrente, bajo su subjetivo juicio, quien debe hacer esa valoración. Si así se permitiera, se abriría la puerta a que cada cual valorara, no solo la interposición de un recurso de amparo, sino, por ejemplo, el planteamiento de un recurso de apelación si el recurrente considera que hay pocas posibilidades de éxito.

Además, el Tribunal Constitucional ha reiterado, por todas, en la STC 134/2023, de 23 de octubre, que la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo constituye un requisito sustantivo que es objeto de valoración «solamente por el Tribunal y que corresponde únicamente al Tribunal Constitucional apreciar en cada caso», al decidir sobre la admisión a trámite de la demanda de amparo, si concurre o no ese requisito material.

En definitiva, sin perjuicio de que este riesgo pudiera aparecer en el futuro, lo cierto es que la jurisprudencia actual no deja dudas de que el correcto agotamiento de la vía judicial previa nacional no permite al recurrente elegir qué recurso debe plantear según sus expectativas de éxito.

No obstante, no debe olvidarse que si algo caracteriza al TEDH es su «flexibilidad» a la hora de analizar los casos. No es descartable que el TEDH pueda llegar plantearse si el actual recurso de amparo encaja en el concepto de recurso efectivo del artículo 13 del CEDH para aquellos supuestos de violaciones de derechos fundamentales que carezcan de especial trascendencia constitucional. Solo el tiempo nos traerá la solución.

GARANTIZANDO EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: LA EVOLUCIÓN EN LA PROTECCIÓN JURÍDICA EN LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

GEMA DíEZ-PICAZO

Letrada del Tribunal Constitucional

I. Introducción

En la evolución de las sociedades contemporáneas, el reconocimiento y la protección de los derechos de los niños y adolescentes han ido adquiriendo una relevancia cada vez más notoria, pues es indudable que la infancia y la adolescencia representan períodos esenciales en el desarrollo humano en los que se establecen las bases para el bienestar futuro de los individuos. En este contexto, el principio del interés superior del menor emerge como un pilar fundamental en la salvaguarda de sus derechos y en la promoción de su bienestar integral seguramente porque, como afirmara el maestro Luis Díez-Picazo allá por el año 1984, «una infancia feliz es la condición precisa para un desarrollo mejor y más libre de la personalidad individual y, por tanto, de una sociedad mejor y más libre»¹.

Se trata de un principio consagrado en numerosos instrumentos internacionales, así como en los textos constitucionales y en la legislación nacional de numerosos países, que gira en torno a de la idea de que cualquier decisión en la que se vean afectados los intereses de los menores debe adoptarse tomando como guía o criterio su mayor beneficio y bienestar, aunque ello signifique en ocasiones sacrificar los de cualesquiera otros con los que pudiera entrar en conflicto. Ahora bien, aunque la idea a primera vista pudiera resultar de fácil comprensión, sin embargo, concretar el contenido de este mandato no está exento de alguna dificultad. Tanto es así que, si bien es habitual encontrarse con la recurrente afirmación de que se trata de un concepto jurídico indeterminado, todas las voces coinciden en atribuirle la naturaleza de regla de *ius cogens* que implica, cuando menos, garantizar la seguridad, salud, educación, igualdad y la participación activa de los menores en los asuntos que les conciernen, protegiéndolos de cualquier forma de peligro, discriminación, violencia, abuso o explotación, fomentando el desenvolvimiento libre de su personalidad y promoviendo eficazmente su progresiva integración en la sociedad.

En este trabajo se pretende realizar un recorrido por la evolución y aplicación de este principio de capital importancia para la protección de los menores y la garantía

¹ L. Díez-Picazo, «El principio de protección integral de los hijos (“Tout pour, l’enfant”)», en *Ensayos jurídicos*, tomo I, Civitas, Madrid, 2011, p. 1548.

del ejercicio de sus derechos, con la finalidad de comprobar el modo en que los destinatarios llamados a observarlo lo han venido poniendo en práctica. Para ello es necesario adentrarse en el concepto mismo de interés superior del menor, en sus fundamentos jurídicos, su evolución histórica, su marco normativo, así como en las responsabilidades y roles de los diferentes actores involucrados en su protección, examinando la jurisprudencia más relevante en los diversos ámbitos tuitivos y detectar, si ello fuera posible, los retos aun no alcanzados en torno a su mayor eficacia.

II. El concepto de interés superior del menor

Si bien el término «interés superior del menor» (*Best interests of the child*) es relativamente moderno, puede decirse que la preocupación por el bienestar y protección de los niños se remonta a la antigüedad, debido seguramente a la necesidad de asegurar la supervivencia y la continuidad de la comunidad. En este sentido, no parece discutible que la protección de los niños y adolescentes, como hoy la identificamos, haya sido el resultado de un proceso que ha abarcado cambios significativos en diversos aspectos, especialmente las concepciones sobre la infancia, el papel de la familia y de la sociedad, pero también debido a los avances en la comprensión del desarrollo humano y de las necesidades de los menores.

Históricamente, la infancia era vista como una etapa de preparación para la vida adulta, considerándose los niños y adolescentes como sujetos que debían ser controlados y disciplinados por los adultos. Sin embargo, durante el último siglo, hemos sido testigos de un cambio de paradigma en su protección, que ha evolucionado desde la tradicional concepción pasiva de la infancia y adolescencia hasta alcanzar actualmente una que pone su foco de atención en los derechos de los niños como individuos autónomos con voz propia que, dependiendo de su grado de madurez, deben ejercer los derechos por sí mismos. Esta alteración en la visión de la minoría de edad ha sido impulsada en gran medida por los textos internacionales, que han establecido los estándares internacionales mínimos de protección y participación de los menores en los asuntos que les incumben.

Tampoco cabe desconocer que, hasta hace no tantas décadas, se consideraba que la principal labor en la crianza y protección de los menores recaía en la familia, asignando un escaso o nulo papel a los poderes públicos. Poco a poco, tal idea se ha ido abandonando en favor de la convicción de que tal responsabilidad requiere en igual medida la colaboración de todas las instituciones públicas y privadas y del conjunto de la sociedad, exigiendo el desarrollo de políticas y programas integrales que aborden las necesidades de los menores en las diferentes áreas, incluyendo la salud, la educación, la protección social y el bienestar emocional. Así, puede decirse que la noción moderna de interés superior del menor comenzó a tomar forma en el siglo XIX con el surgimiento de las primeras leyes de protección infantil, regulándose, por ejemplo, el trabajo de los menores, imponiéndose estándares de educación obli-

gatoria y abordando soluciones legislativas a las diversas formas de abuso y negligencia infantil².

Un último factor que ha contribuido decisivamente a este progreso ha sido la investigación, desarrollada especialmente a lo largo del siglo xx, en el campo de la psicología infantil, que ha redefinido la percepción de la infancia y el papel de los niños en la sociedad, resaltando la importancia de proporcionarles un entorno seguro y afectivamente equilibrado para un desarrollo saludable y un mayor bienestar en todas las áreas de la vida, insistiendo en las necesidades específicas de los niños en cada etapa de su desarrollo, contemplando no solo las físicas y materiales, sino también las emocionales, sociales y cognitivas³.

III. La importancia de los instrumentos supranacionales en la protección integral de niños y adolescentes

No cabe duda de que los instrumentos internacionales han desempeñado un papel crucial en la promoción y el desarrollo del concepto del «interés superior del menor», proporcionando un marco legal y ético para la protección de sus derechos y estableciendo los estándares mínimos que los Estados deben cumplir para garantizarlos⁴. Seguramente, entre todos ellos, los hitos más destacados son la Declaración universal de los derechos del niño y, treinta años más tarde, la Convención sobre los derechos del niño (CDN).

Así, la Declaración universal de los derechos del niño, adoptada en 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, fue el resultado de décadas de esfuerzos internacionales por reconocer y proteger los derechos específicos de los menores, cuyo rastro se remonta a los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, es decir, a un momento en el que el mundo observaba con horror las consecuencias devastadoras que el conflicto bélico había tenido en la vida de los más pequeños, quienes habían sufrido, entre otros, desplazamientos masivos, pérdida de hogares, malnutrición, enfermedades y abusos.

Ahora bien, es justo recordar que el impulso inicial hacia una mayor atención a los derechos infantiles ya se había iniciado en el período de entreguerras y que se había consolidado con la creación de organizaciones internacionales, como la Sociedad de

² Así, por ejemplo, en 1802, en España, se prohíbe la mendicidad infantil; en 1833, en Gran Bretaña, se aprueba la Ley de Fábrica, que limita la jornada laboral de los niños y prohíbe su trabajo en minas y otras actividades peligrosas; o en 1874, en Francia, se aprueba la llamada Ley Roussel, que establece la creación de tribunales para niños y prohíbe el castigo físico en las escuelas.

³ *Vid.* Ana Faas, *Psicología del desarrollo de la niñez*, Brujas, Argentina, 2018, pp. 69 y ss.

⁴ Existe una copiosa normativa internacional, entre la que cabe citar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980 y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores de 1985, así como el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Carta Social Europea de 1961, la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993.

Naciones y más tarde las Naciones Unidas, que comenzaron a centrarse en cuestiones relacionadas con el bienestar infantil. En 1924, la Liga de las Naciones adoptó la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, siendo la primera iniciativa internacional significativa que reconoce la necesidad de proteger los derechos de los menores en situaciones de conflicto y postconflicto.

Sin embargo, sería ya después de la Segunda Guerra Mundial cuando la comunidad internacional intensificó sus esfuerzos para abordar de manera sistemática la protección de los derechos infantiles y, en 1946, la recién formada Organización de las Naciones Unidas constituyó el Comité de Expertos sobre los Problemas de los Niños, con el objetivo de investigar las necesidades y condiciones infantiles en todo el mundo, sentando las bases para la adopción de la Declaración Universal de los Derechos del Niño en 1959 que, compuesta por tan sólo diez principios básicos, estableció por primera vez un marco internacional de protección de la infancia, incluyendo una amplia gama de derechos fundamentales y reconociendo la importancia de garantizar un entorno seguro y propicio para su desarrollo físico, mental, emocional y social⁵.

Pues bien, aun siendo la Declaración de 1959 un avance sumamente importante en la salvaguardia del menor, en no demasiado tiempo se reconoció su insuficiencia y la necesidad de adoptar un instrumento legal que tuviera una mayor fuerza vinculante y un contenido más completo de modo que se elevara la garantía de protección de la infancia. Con esta finalidad, en 1989, las Naciones Unidas adoptaron la Convención sobre los derechos del niño (CDN), a la que se sumó España el 30 de noviembre de 1990, convirtiéndose en el tratado internacional de derechos humanos más ampliamente ratificado de la historia siendo la principal referencia internacional para la protección de los derechos de la infancia y, a lo que a este análisis importa, constituyendo el primer instrumento normativo que alude expresamente al interés superior del menor como principio rector de la normativa en su conjunto (art. 3.1 CDN)⁶.

Dos décadas después, la Observación General núm. 12 del Comité de los Derechos del Niño, de 20 de julio de 2009, recordó que el interés superior del niño constituye uno de los cuatro valores de la convención, junto al derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y derecho del niño a ser oído y tomado en consideración. Es decir, puso de relieve que el art. 3 CDN establece un derecho en sí mismo, al margen de cumplir una función interpretativa de todos los demás derechos infantiles.

Poco después, la Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño de 29 de mayo de 2013, se dedicó íntegramente al interés superior, recordando en su preámbulo que el art. 3 CDN «otorga al niño el *derecho* a que se considere y

⁵ Los derechos reconocidos en la Declaración son: 1.º) derecho a la igualdad sin discriminación; 2.º) derecho a la protección; 3.º) derecho a la alimentación, vivienda y atención médica adecuadas; 4.º) derecho a la educación; 5.º) derecho al juego y recreación; 6.º) derecho a una familia y protección en caso de separación; 7.º) derecho a la atención especial en caso de discapacidad; 8.º) derecho a la protección en situaciones de emergencia y conflicto; 9.º) derecho a la libertad de expresión y 10.º) derecho a una nacionalidad y a mantener relaciones familiares y culturales, incluso si carecen de documentos de identidad.

⁶ Así, el art. 3.1. CDN dispone que todas las medidas concernientes a los niños que deban adoptar instituciones públicas o privadas, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, deben guiarse primordialmente atendiendo al interés del niño.

tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada» y que la plena aplicación de este principio exige que todos los intervinientes adopten un enfoque basado en los derechos, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño⁷, promoviendo su dignidad humana. Se trata, según afirma, de un principio dinámico con una triple naturaleza jurídica. En primer lugar, es un *derecho sustantivo*, por cuanto el niño tiene derecho a que su mayor beneficio tenga una consideración preferente al adoptar cualquier decisión en la que se vea afectado⁸, tratándose de una obligación intrínseca para los Estados que, además, es de aplicación directa e inmediata y que puede invocarse ante los tribunales. En segundo término, es un *principio jurídico interpretativo fundamental*, de modo que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, deberá elegirse aquella que sea más beneficiosa para el menor. Por último, es una *norma de procedimiento*, lo que significa que el proceso de adopción de las decisiones que afecten al niño deberá incluir una estimación de sus posibles repercusiones positivas o negativas en el mismo, con el deber para los obligados de expresar el modo en que se ha tenido en cuenta dicho mayor beneficio, concretando los criterios en los que se han basado y la ponderación realizada en caso de conflicto con cualesquiera otros intereses.

Por su parte, la mayor parte de la legislación europea sobre los derechos del niño hasta la fecha ha sido elaborada por la Unión Europea (UE) y el Consejo de Europa (CdE). En el primer caso, puede decirse que el primer gran instrumento es la Carta de los Derechos Fundamentales (CDFUE) que, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, obliga a los Estados miembros a proteger los derechos consagrados en ella y que incluye referencias expresas a los derechos infantiles tales como la educación obligatoria gratuita (art. 14.2), la prohibición de discriminación por razón de edad (art. 21), del trabajo infantil y de la explotación laboral de los jóvenes (art. 32); la libertad de expresión en función de su edad y su madurez (art. 24.1), el derecho a que su interés superior constituya una consideración primordial en todo acto que les concierna (art. 24.2) y el derecho a mantener relaciones personales y contactos directos, de forma periódica con sus progenitores (art. 24.3)⁹.

En cuanto al CdE ha de subrayarse que su principal tratado en materia de derechos humanos, es decir, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) contiene escasos preceptos dirigidos a la infancia, si bien cualquiera de sus disposiciones, en todo caso, es aplicable con carácter general a los niños¹⁰.

⁷ Para el Comité el término «holístico» abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño (Observación general núm. 5, párr. 12).

⁸ Advirtiéndose, además, que debe ponerse en práctica ya se trate de una medida concerniente a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general.

⁹ El objetivo de protección infantil trazado en el Tratado ha dado lugar a la adopción de diversas directivas entre las cuales son de destacar la de la lucha contra los abusos y la explotación sexuales de los niños y la pornografía infantil, y de lucha contra la trata de seres humanos.

¹⁰ Así, por ejemplo, el art. 8, que garantiza el derecho al respeto de la vida privada y familiar o el art. 3 que prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes.

Otros tratados importantes en materia de derechos humanos del CdE de los que conviene no olvidarse cuando se analiza el interés superior del menor son la Carta Social Europea¹¹ (CSE, revisada en 1996) y aquellos otros que regulan aspectos específicos como lo son el Convenio sobre el estatuto jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio; el Convenio en materia de adopción de niños; el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños; el Convenio sobre la repatriación de niños, el Convenio sobre las relaciones personales del niño, el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia y el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (también conocido como Convenio de Lanzarote)¹².

Expuesto, pues, cómo el interés superior del menor es la piedra angular en el sistema de protección de los derechos infantiles en los instrumentos internacionales, conviene subrayar ahora dos ideas más. La primera es que se trata de una regla dinámica y adaptable que debe ser interpretada y aplicada de manera flexible considerando las particularidades de cada situación y las necesidades concretas de cada niño o adolescente.

En segundo lugar, que el principio se sustenta a su vez en varios subprincipios fundamentales que guían su aplicación y así lo han venido haciendo ya sea el TEDH, que el TJUE.

a) Estos son el *principio del beneficio y bienestar*, a cuyo tenor las decisiones y acciones relacionadas con los niños y adolescentes deben perseguir su beneficio y bienestar físico, emocional y social. En otras palabras, todas las medidas que se tomen deberán ir dirigidas al fomento de su desarrollo integral y a su protección¹³.

b) El *principio de participación*, que reconoce el derecho del niño a expresar su opinión de forma razonable e independiente y que sea tomada en cuenta según su edad y madurez, lo que comporta involucrarle en las decisiones que le afecten, salvo en aquellos casos en que la edad objetivamente implique la carencia del mínimo de madurez exigible¹⁴.

¹¹ Carta Social Europea, STCE núm. 035, Turín, 18-10-1961; Carta Social Europea (revisada), STCE núm. 163, Estrasburgo, 3-5-1996.

¹² Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico de los Niños Nacidos Fuera del Matrimonio, STCE núm. 085; Estrasburgo, 15-10-1975.; Convenio Europeo en materia de Adopción de Niños (revisado), STCE núm. 202, Estrasburgo, 27-11-2008.; Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, STCE núm. 160, Estrasburgo, 25-1-1996; Convenio Europeo sobre la Repatriación de Niños, STCE núm. 071, La Haya, 28-5-1970; Convenio sobre las Relaciones Personales del Menor, STCE núm. 192, Estrasburgo, 15-5-2003; Convenio Europeo relativo al Reconocimiento y a la Ejecución de Decisiones en materia de Custodia de Niños, así como al Restablecimiento de dicha Custodia, STCE núm. 105, Estrasburgo, 20-5-1980 y Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual, STCE núm. 201, Lanzarote, 25-10-2007.

¹³ STC 14/2001, de 30 de enero y en igual sentido, la STEDH, *Neulinger y Shuruk c. Suiza* [GS], núm. 41615/07, de 6 de julio de 2010.

¹⁴ STC 13/2005, de 10 de febrero; STEDH, *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, núm. 48135/06, de 25 de septiembre de 2013 y TJUE, C-491/10 PPU, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*, de 22 de diciembre de 2010.

c) El *principio de protección integral frente a riesgos y vulnerabilidades*, que implica que las medidas que se tomen en relación con la infancia deben tener en cuenta todas sus necesidades, ya sean físicas, emocionales, sociales o educativas¹⁵.

d) El *principio de no discriminación*, que obliga a que las decisiones relacionadas con los niños se adopten sin importar su origen étnico, género, religión, discapacidad u otras características garantizando, además, la igualdad de oportunidades¹⁶.

e) El *principio del respeto a la identidad*, que reconoce la importancia de respetar la identidad cultural, religiosa y lingüística de los niños y adolescentes, así como de salvaguardar su derecho a mantener su identidad y la conexión con su comunidad y herencia cultural¹⁷.

IV. El mandato del artículo 39 de la Constitución española

La naturaleza jurídica de los principios rectores de la política social y económica consagrados en los arts. 39 a 52 CE ha sido objeto de un intenso debate doctrinal a lo largo de los años. Inicialmente, se consideraban meras declaraciones programáticas sin valor jurídico real, pero con el tiempo, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido su importancia constitucional y su papel fundamental en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico.

Así, se ha dicho que los principios, sin desarrollo legislativo, al reflejar los valores de una comunidad, no pueden otorgar derechos subjetivos típicos o activos, ni imponer otro mandato que el de no actuar en contra del valor en él consagrado¹⁸.

Sin embargo, no le falta razón a Paloma Biglino Campos¹⁹ cuando reclama una visión más generosa de la eficacia de los principios rectores advirtiéndole ya que sería de utilidad «para adecuar nuestra Constitución a las nuevas demandas y cumplir de paso con nuestras obligaciones internacionales».

Sobre este particular, ha de subrayarse que, si bien es cierto que los principios rectores no son ni derechos fundamentales, ni derechos subjetivos típicos, sí son verdaderas normas jurídicas con un valor propio que el Estado debe respetar y desarrollar (art. 9 CE). Su cumplimiento, por tanto, es una obligación constitucional que no puede transformarse en una mera declaración de intenciones. Son, por expresarlo de modo ilustrativo, faros que deben iluminar la acción de todos los poderes públicos en el camino hacia la consecución de una sociedad donde los derechos de todos los ciuda-

¹⁵ STC 31/2010, de 28 de junio y STEDH, *Kontrová c. Eslovaquia*, núm. 7510/04, de 31 de mayo de 2007.

¹⁶ STC 56/1990, de 29 de marzo y STEDH, *D.H. y otros c. República Checa* [GS], núm. 57325/00, de 13 de noviembre de 2007 y TJUE, C-303/06, *S. Coleman c. Attridge Law y Steve Law* [GS], 17 de julio de 2008.

¹⁷ STC 149/2002, de 2 de julio; STEDH, *Godelli c. Italia*, núm. 33783/09, de 25 de septiembre de 2012 y TJUE, C-200/02, *Kungian Catherine Zhu y Man Lavette c. Secretary of State for the Home Department*, 19 de octubre de 2004.

¹⁸ Vid. Margarita Beladiez Rojo, *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 93.

¹⁹ Vid. Paloma Biglino Campos (2020), «Principios rectores, legislador y Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, 2020, p. 83.

danos, especialmente de los más vulnerables como, en nuestro caso, los menores, sean plenamente respetados y garantizados.

Es cierto que bajo la rúbrica «principios rectores de la política social y económica» tienen cabida preceptos de muy variada naturaleza que incluyen desde enunciados de derechos sociales (*v. gr.*, el derecho a la protección de la salud, medio ambiente o la vivienda), a fines de interés general (*v. gr.*, la distribución equitativa de la renta, el progreso social y económico), garantías institucionales (como la familia o la seguridad social) o verdaderos mandatos al legislador (como la imposición de sanciones contra los atentados al patrimonio histórico, cultural y artístico). Por ello, la afirmación de que se trata de principios de contenido indeterminado puede ser cierta al observar algunos de ellos, pero no lo es de su conjunto y tampoco del mandato del art. 39 CE que impone un trato singularizado en favor de determinados grupos sociales, constituyendo concreción del art. 9.2 CE. En efecto, hay principios rectores con un importante grado de imprecisión (por ejemplo, los contenidos en los arts. 40.2 o 48 CE) y otros más concretos (como los de los arts. 39, 45.3 y 52 CE), pero sea como fuere, lo cierto es que todos ellos son normas jurídicas e imponen un deber ser, indeterminado o preciso, que es el reflejo de los valores que los ciudadanos, a través del constituyente, quisieron que estuvieran presentes en cualquier actuación de los poderes públicos y, a mi juicio, también en sus propias relaciones particulares o privadas, pues, de otro modo, no puede entenderse, por ejemplo, el mandato del núm. 3 del art. 39 CE dirigido a los padres con hijos menores de edad o el del art. 47 CE que, en materia de vivienda, se dirige no sólo al legislador y a las administraciones públicas, sino también a los propietarios, establecimientos de crédito, urbanizadores y promotores de viviendas respecto a la especulación del suelo.

Así, quedémonos con la idea de Javier Jiménez Campo²⁰ de que en el capítulo tercero del título I no hay derechos subjetivos, sino «pretensiones comunitarias que la Constitución incorpora a fin de imponer o, cuando menos, justificar determinadas políticas públicas. El derecho nacerá de la ley que desarrolle los principios». También atendemos a su advertencia de que «un derecho subjetivo que necesita de la ley para ser hecho valer en juicio es sólo un derecho legal. Los derechos fundamentales o constitucionales son, sin embargo, aquellos que aun dependientes de desarrollo o integración legal pueden ser defendidos, incluso *contra legem* y, a veces, también *extra legem*. En el caso de los principios rectores, lo impide ante todo su carencia de contenido esencial y la determinación insoslayable para el intérprete del último inciso del art. 53.3 CE». En consecuencia, el desarrollo legislativo de cualquiera de los principios rectores no trae consigo la creación de un derecho fundamental, con lo que ello conlleva respecto de su especial protección jurisdiccional *ex art.* 53.2 CE, sino de un derecho legal que, naturalmente podrá ser invocado ante la jurisdicción ordinaria, pero no gozará de la garantía reforzada de aquellos.

Descendiendo ahora al objeto de este estudio, debe advertirse que el art. 39 CE garantiza la protección no sólo a la infancia, sino también de la familia, de los hijos y de las madres. Es importante esta distinción por cuanto los mandatos respecto de cada

²⁰ Vid. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 123.

grupo son diferentes. Así, a la familia como institución o grupo social se ordena protegerla en tres ámbitos diferentes (el social, el económico y el jurídico), tratándose de una garantía institucional. Por su parte, a los hijos y a las madres se les asegura una protección «integral», haciéndose hincapié en la igualdad y paridad de trato con independencia de su filiación y estado civil. A este respecto, la idea que, en definitiva, parece latir en este mandato es la de que el beneficio de cada uno de sus destinatarios consiste en disfrutar de una posición similar o parecida a la de los demás y encuentra su fundamento último en la idea de igualdad. Finalmente, a los menores en general, es decir, con independencia de su condición de hijos, el núm. 4 del art. 39 CE les dispensa «la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

La simple lectura del conjunto contenido en el art. 39 CE pudiera hacer pensar que la garantía constitucional ofrecida a los niños es cuantitativa y cualitativamente inferior a la del resto de destinatarios de la norma (familia, hijos y madres). Sin embargo, tal conclusión rozaría el absurdo, al margen de hacer resultar inútil la presencia en el texto constitucional del núm. 4 del art. 39, por cuanto ya el art. 96 CE reconoce explícitamente que los acuerdos y tratados internacionales, una vez incorporados conforme a los requisitos de validez y publicación, forman parte del ordenamiento interno y, por tanto, son de obligado cumplimiento. En el caso de los niños, existen numerosos instrumentos internacionales suscritos por España cuyas normas, especialmente las de la CDN, han pasado a integrar el derecho interno. Sobre ello, sin embargo, hay que advertir, por lo que luego se dirá, que, aunque tales normas internacionales gozan de una posición jerárquicamente superior a la de la ley interna y, en algunos casos, son de aplicación directa²¹, de acuerdo con la doctrina constitucional y según se desprende del propio texto de la Constitución, por lo general, se moverán en nuestro ordenamiento en el plano de la pura legalidad.

Por otro lado, no hay que perder de vista que el art. 10.2 CE obliga a interpretar las normas internas relativas a los derechos fundamentales no sólo de acuerdo con la CE, sino con los tratados y acuerdos internacionales sobre esas mismas materias ratificados por España²² y, existiendo un órgano jurisdiccional encargado de su aplicación e interpretación, el precepto constitucional interno deberá ser entendido en el sentido de aquella jurisprudencia. De ahí la especial relevancia que en materia de menores (y no sólo) tiene la doctrina del TEDH y del TJUE al aplicar e interpretar el TEDH y la CDFUE²³.

²¹ Arts. 30 y 31 de la Ley/25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales.

²² Pone de manifiesto Paz Andrés Sáenz de Santa María, cómo la doctrina del Tribunal Constitucional desde sus inicios ha colaborado positivamente a distinguir el doble efecto que los tratados internacionales en materia de derechos humanos presentan en el orden interno español, es decir, el de interpretación conforme al art. 10.2 CE y el de incorporación a nuestro Derecho, según el art. 96 CE, poniendo como claro ejemplo de ello las SSTC 42/1982, 76/1982, 71/1988, 245/1991 o 197/2006 [«Comentario al artículo 96 de la Constitución española», en *Comentarios a la Constitución española*, María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 1613)].

²³ *Vid.* Manuel Martínez Sospedra, «Interés preferente del niño. Un estudio de jurisprudencia constitucional», en *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Susana Sanz Caballero, Madrid, 2017, p. 225.

Por consiguiente, muy al contrario de los resultados que pudiera arrojar una lectura simplista, la norma del núm. 4 del art. 39 CE refuerza la idea de que los asuntos concernientes a los niños deben guiarse no sólo por su mayor interés, sino que los derechos de los mismos declarados en los instrumentos internacionales ratificados por España pasan a ser derechos legales del ordenamiento interno y si estos fueran de aquellos recogidos en nuestra Constitución como fundamentales deberán ser interpretados de conformidad con el art. 10.2 CE. Sobre este particular es importante aclarar, por lo que se dirá más adelante acerca del papel que pueda tener el Tribunal Constitucional en la protección de los derechos de niños y adolescentes, que éste no puede proceder directamente a interpretar el alcance de todo convenio o tratado internacional sin determinar previamente su carácter de norma idónea para integrarse en el art. 10.2 CE, puesto que irrumpiría en el ámbito de la interpretación de la legalidad ordinaria, superando los límites de su propia jurisdicción constitucional²⁴. Y siendo en el ámbito de la legalidad ordinaria en el que, de ordinario, se mueven los instrumentos internacionales ratificados por España (art. 96 CE), la intervención del Tribunal Constitucional queda muy limitado²⁵.

En definitiva, para cerrar este apartado, pueden extraerse algunas conclusiones: (i) el interés superior del menor está configurado constitucionalmente como un principio rector, por lo que, sin desarrollo legislativo, carece de la naturaleza de derecho subjetivo y ello implica que su papel, en principio, es orientador e interpretativo; no obstante la regla cede en aquellos casos en los que los derechos del niño sea de alguno de aquellos de los arts. 14 a 29 CE (y el art. 30 en cuanto a la objeción de conciencia); (ii) una vez reconocido como derecho subjetivo en la CDN forma parte del ordenamiento interno con rango infra constitucional (art. 96 CE), salvo las excepciones indicadas; (iii) por estar reconocido en un convenio internacional ratificado por España prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional; (iv) es de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes; (v) el papel del Tribunal Constitucional respecto a la aplicación de este derecho subjetivo, queda limitado, pues se trata de una materia de legalidad ordinaria, salvo en aquellos casos que incida en alguno de los derechos fundamentales a los que se refiere el art. 53.2 CE.

²⁴ Parece que en la STC 140/2018 de 20 de diciembre, el Tribunal optó por no hacer distinción alguna respecto del diferente alcance que tiene el art. 10.2 CE sobre los convenios y tratados internacionales ratificados por España que versen sobre derechos fundamentales de aquellos otros que reconocen derechos subjetivos con un rango inferior o legal.

²⁵ El Tribunal Constitucional en este punto se ha pronunciado con especial claridad de manera general en la STC 31/2018, de 10 de abril, FJ 4 y en el mismo sentido la STC 141/2000, de 29 de mayo, en materia de menores.

V. La evolución de la doctrina constitucional en la protección del menor

El Tribunal Constitucional desde sus inicios ha jugado un importante papel en la eficacia práctica de los principios rectores de la política social y económica proclamados en la Constitución. En numerosas sentencias, ha reconocido su carácter vinculante para los poderes públicos declarando que deben ser tomados en consideración a la hora de elaborar leyes, adoptar políticas públicas y dictar las resoluciones judiciales y administrativas.

Haciendo un repaso por la doctrina constitucional específicamente relativa al principio del interés superior del menor contenido en el art. 39.4 CE, sobre todo la de los últimos veinticinco años, se aprecia una notable evolución, pues si bien el Tribunal Constitucional parecía utilizarlo al inicio simplemente como una cláusula de estilo, posteriormente la incorporó con una función programática y poco a poco parece haberle dado mayor relevancia. En cualquier caso, conviene advertir que del análisis de esta doctrina pareciera que su aplicación sigue planteando importantes desafíos para el juez constitucional, lo que seguramente es debido a la complejidad de los casos que se le presentan, a la necesidad de ponderar los diversos intereses y derechos en juego y, desde luego, a su restringida competencia en la valoración de los asuntos de amparo, pues su enjuiciamiento debe realizarse mediante un control externo.

Desde el punto de vista sustantivo, para entender mejor la complejidad en la determinación de lo que en cada caso sea lo más beneficioso para el niño o el adolescente ha de tenerse en cuenta que no solo ha de basarse en consideraciones legales, sino que también se ve influida por una variedad de factores culturales²⁶, sociales²⁷ y económicos²⁸ que pueden afectar significativamente al modo en el que se percibe y aborda el bienestar y las necesidades de los menores.

De las dificultades que conlleva la evaluación de lo que sea mejor para un menor en situaciones específicas ha dado clara muestra el Tribunal Constitucional en sus más recientes resoluciones, pues conviene no olvidar que también el máximo intérprete de

²⁶ Las diferentes perspectivas culturales sobre la infancia pueden influir en la manera en la que se entiende y se aborda el interés superior del menor. Así, en algunas culturas, se puede enfatizar la importancia de la obediencia y el respeto a la autoridad de los padres, mientras que en otras se puede dar prioridad a la autonomía y la participación del niño en la toma de decisiones que lo afectan. Igualmente, parece indudable que ciertos roles de género pueden influir en la toma de decisiones en determinadas materias, como, por ejemplo, la custodia o adopción, por considerarse más adecuados unos sujetos que otros para la crianza.

²⁷ El entorno social en el que se desenvuelve el menor también puede influir en la determinación de su mayor beneficio. Por ejemplo, factores como la pobreza, la violencia doméstica, la falta de acceso a servicios básicos, la presencia de una red de apoyo comunitario o la discriminación pueden tener un impacto significativo en el bienestar y el desarrollo de los niños, por lo que el legislador, los tribunales y las administraciones públicas deberán considerar tales factores sociales al tomar decisiones sobre su protección y cuidado.

²⁸ La situación económica de la familia y de su entorno comunitario también puede influir en la determinación del interés superior del menor, pues la falta de recursos puede dificultar su acceso a servicios esenciales para su adecuado desarrollo y requerir medidas adicionales para garantizar que tenga igualdad de oportunidades y acceso a los recursos necesarios para prosperar.

la Constitución está vinculado por el mandato del art. 39 CE a la hora de enjuiciar los asuntos que se le presentan.

De todas las resoluciones que ha dictado a lo largo de estos años, merece reseñarse alguna de ellas, comenzando por la reciente STC 2/2024, de 15 de enero, FJ 2 que ha resumido su posición acerca de la función del art. 39 CE y lo ha hecho sentando las siguientes bases:

- (i) El principio del interés superior del menor es un instrumento hermenéutico que facilita su protección, estando reconocido en nuestro ordenamiento interno y en convenios internacionales (art. 39.4 CE).
- (ii) Los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, sin que su ejercicio y la facultad de disponer sobre ellos se pueda abandonar a la decisión de quienes tengan atribuida su guarda, debiendo modularse en función de su madurez y de los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar. Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar porque el ejercicio de esas potestades por quienes tengan atribuida su protección y defensa se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el superior del niño²⁹.
- (iii) Este principio se inserta en nuestro ordenamiento, proclamándose en el art. 3.1 CDN, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (LOPJM)³⁰.
- (iv) Para valorar lo que resulta más beneficioso para el menor, ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio. La decisión en cada caso corresponde a los jueces y tribunales ordinarios, aunque es labor del Tribunal Constitucional examinar si la motivación ofrecida por los mismos para adoptar cuantas medidas concierne a los menores, está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales³¹.
- (v) Para cumplir con la exigencia de atender al interés superior del menor, se impone a los jueces y demás operadores jurídicos un deber de motivación reforzada en sus decisiones, en tanto el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y prin-

²⁹ STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5.

³⁰ SSTC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 493/2013, de 23 de abril, FJ 12; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6; 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 99/2019, de 18 de julio, FJ 7; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; 81/2021, de 19 de abril, FJ 2 c); 130/2022, de 24 de octubre, FJ 5; y 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 4 B) c).

³¹ SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8, 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6); 11/2008, de 21 de enero, FJ 7; 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4 y 178/2020, FJ 3.

cipios de indudable relevancia constitucional, y el art. 39 CE se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales³². Tal principio está sometido a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada³³.

Pues bien, descendiendo a los conflictos específicos enjuiciados por nuestro alto tribunal, en este trabajo al menos se han de destacar algunas de sus resoluciones más emblemáticas porque han desempeñado un papel crucial en la evolución y consolidación del concepto del «interés superior del menor», sentando importantes precedentes que contribuyen a la comprensión y aplicación de este principio en diferentes contextos.

(i) *Conflicto con los derechos parentales*: Uno de los desafíos principales surge cuando el interés superior del menor entra en conflicto con los derechos de los padres o tutores legales. Por ejemplo, en casos de custodia, adopción o alimentos, los padres pueden tener opiniones divergentes sobre lo que consideran mejor para su hijo, lo que puede dificultar la determinación objetiva de cuál sea su mayor beneficio. Así, en la STC 2/2024, de 15 de enero, se estimó el recurso de amparo por vulneración del derecho a una motivación reforzada (art. 24.1 CE), por cuanto las resoluciones judiciales no justificaron que la imposición de un porcentaje de los ingresos del padre como cuantía de los alimentos resultara más beneficiosa para el menor que cualquiera otro de los sistemas aplicados por los tribunales civiles para el pago de pensiones. Para el Tribunal, la alternativa elegida resulta ineficaz al efecto pretendido de asegurar el derecho de alimentos del menor de edad toda vez que se desconocía el monto de los ingresos del padre, en el caso examinado³⁴.

Por su parte, en un supuesto de sustracción internacional, la STC 16/2016, de 1 de febrero estimó el recurso de amparo promovido por la madre, declarando que, dado que al tiempo de resolverse la apelación ya habían transcurrido veinte meses desde el traslado de la niña a España y se encontraba plenamente integrada en su nuevo medio, la resolución controvertida al no ponderar esta circunstancia incurrió en una indebida valoración del interés superior de la menor.

Por último, cabe aludir la STC 138/2014, de 8 de septiembre, que estimó el recurso promovido por los nietos por vulneración del derecho a resolución fundada, en tanto las resoluciones impugnadas omitieron toda motivación al fijar el régimen de visitas a los abuelos que era tan sólo la traslación del que tenía fijado la madre fallecida, sin ningún elemento de individualización y sin valorar la proyección que podría tener para el interés de los menores³⁵.

³² SSTC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6; 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 3 y 5; y 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6.

³³ SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 5; 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6 y 178/2020, FJ 3,

³⁴ Sobre el deber de alimentos, *vid.* STC 2/2004, de 15 de enero.

³⁵ Cabe destacar también la STC 176/2008, de 22 de diciembre, que declara constitucionalmente inadmisibles una decisión judicial que limita el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento, de forma principal y exclusiva, en la transexualidad de alguno de los progenitores.

(ii) *Conflictos culturales, educativos y religiosos*. La aplicación del interés superior del menor también puede suponer un desafío cuando choca con las creencias culturales o religiosas de la familia o el derecho de los padres a una formación educativa conforme con sus propias convicciones. Así, en la reciente STC 26/2024, de 14 de febrero, se declara que tratándose de una familia con convicciones religiosas, las resoluciones judiciales que acuerdan la escolarización de una menor en un centro concertado religioso no pueden entenderse justificadas en su interés superior, ni salvaguardar su derecho a desarrollar sus propias convicciones y creencias en un contexto escolar libre de adoctrinamiento.

También en la STC 5/2023, de 20 de febrero, el Pleno, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en el que el padre solicitaba que la madre de su hijo se abstuviese de hacerle participar en actos religiosos y rechazaba que se le administrase el sacramento del bautismo, pretendiendo que continuase cursando la asignatura «Valores cívicos y sociales» y no la de «Religión» defendida por la madre, estima parcialmente el recurso de amparo, pero lo hace por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en relación con el derecho de defensa y el derecho del menor a ser oído.

Muy relevante es la STC 81/2021, de 19 de abril en la que el Tribunal analizaba la medida preventiva de suspensión de asistencia al centro escolar impuesta por la Administración pública, en tanto se procedía a la emisión de un diagnóstico médico del menor en etapa de educación infantil, desestima el amparo al entender que fue adoptada con ponderación de su interés superior³⁶. En parecido sentido se expresa la STC 10/2014, de 27 de enero, que rechaza la supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a la educación imputadas a las resoluciones administrativas y judiciales que dispusieron la escolarización de un menor en un centro de educación especial³⁷.

Por último, cabe hacer referencia a la STC 133/2010, de 2 de diciembre que desestima el recurso de amparo promovido por los padres de unos menores que recibían enseñanza en su propio domicilio y a los que las resoluciones judiciales impugnadas les ordenaban su escolarización en el ciclo escolar básico. El Tribunal advierte que la escolarización entre los seis y dieciséis años es obligatoria en virtud de la Ley 10/2002, de 23 de diciembre, y que dicha imposición normativa es respetuosa con el derecho a la educación, en tanto que la facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida en la libertad constitucional de enseñanza ni en el derecho de todos a la educación. Es más, aunque los motivos alegados hubieran sido morales o religiosos la imposición del deber de escolarización no genera una restricción despro-

³⁶ La sentencia declaró, entre otros pronunciamientos, que la resolución impugnada fue dictada teniendo en cuenta el interés superior del menor, pues las medidas que impone son preventivas, no disciplinarias o sancionadoras, y superan el juicio de proporcionalidad al resultar idóneas, necesarias y proporcionales.

³⁷ Para el Tribunal, de la consideración del expediente educativo del alumno en su conjunto se deriva que la resolución justifica que continúe escolarizado en un centro de educación especial, y, por tanto, la resolución impugnada, ponderando sus necesidades educativas, llevó a cabo un razonamiento que supera el juicio de proporcionalidad.

porcionada del derecho controvertido, pues se compadece con el mandato en virtud del cual los poderes públicos deben garantizar el derecho de todos a la educación y, encuentra su justificación en la finalidad que ha sido constitucionalmente atribuida a la educación y al sistema diseñado para el desarrollo de la acción en la que ésta consiste.

(iii) *Intereses contrapuestos en el sistema de justicia juvenil.* También en el sistema de justicia juvenil puede haber tensiones entre el interés superior del menor y la necesidad de responsabilizarlo por sus acciones. Así, cabe citar la STC 26/2016, de 15 de febrero en la que, denegándose el amparo solicitado por una madre en representación de su hijo menor, se concluye que, la actuación del órgano judicial no fue arbitraria por no haber declarado la nulidad de un sobreseimiento y la retroacción de las actuaciones, pues tuvo en cuenta la importancia de promover la reintegración del menor y el hecho de que éste ya había llevado a cabo una actividad educativa tendente a reparar extrajudicialmente el conflicto.

Por su parte, la STC 160/2012, de 20 de septiembre, resuelve la duda de constitucionalidad de un precepto legal que limita las posibilidades de modificar, sustituir o suspender la aplicación de la medida de internamiento hasta el cumplimiento de la mitad de su duración en los supuestos de comisión de determinados delitos especialmente graves³⁸. En opinión del Tribunal, la norma cuestionada no se revela desproporcionada teniendo en cuenta la mayor gravedad de los delitos recogidos en ella y consiguientemente la necesidad de reforzar la eficacia preventivo-general de la respuesta jurídica para la protección de los bienes jurídicos más esenciales del ciudadano y de la sociedad.

(iv) *Desprotección infantil por violencia, abusos y falta de vivienda.* En casos de desprotección de la infancia, se torna especialmente difícil determinar cuál sea la mejor medida para garantizar su bienestar, por ejemplo, en casos de separación del menor de su familia de origen o de desalojo del domicilio familiar.

Así, en la STC 113/2021, de 31 de mayo se enjuician las resoluciones judiciales que ordenan el desalojo de la vivienda familiar sin observar el deber de motivación reforzada al no ponderar la afectación a los menores y personas con discapacidad pues, a juicio del Tribunal, las circunstancias del caso imponían realizar un juicio de proporcionalidad en atención al elemento de vulnerabilidad —protección de una persona con discapacidad recién nacida— y, no limitarse a una respuesta formalista como lo es la limitación legal de los motivos de oposición a la ejecución hipotecaria.

En casos de abusos, el Tribunal se ha pronunciado respecto de la adecuada valoración del interés superior del menor en la investigación penal, declarando que en los casos en que las víctimas sean personas especialmente vulnerables por vivir en un contexto de violencia de género, la instrucción no debe quedar constreñida al mero contraste superficial de los testimonios, sino que la resolución judicial que acuerde el archivo de las actuaciones deberá evidenciar que los testimonios han quedado sometidos

³⁸ *Vid.*, apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, introducida por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del Código penal y de la Ley Orgánica 5/2000 en relación con delitos de terrorismo.

dos a un filtro especialmente minucioso o de detalle, que preste singular atención, tanto a los particulares del caso, como a la diferente posición que, en relación con los hechos, ostentan las partes (STC 131/2023, de 23 de octubre)³⁹.

(v) *Extranjería*. En este apartado cobra especial relevancia la STC 130/2022, de 24 de octubre, respecto de las resoluciones judiciales que impiden la efectiva impugnación del decreto de la fiscalía de menores extranjeros no acompañados (MENA) sobre determinación de la edad. En el caso analizado se otorga el amparo por vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción, al entender el Tribunal que, al inadmitirse el escrito inicial de oposición, el juez privó al demandante de acceder al contenido del expediente de desamparo y al procedimiento en su totalidad, limitando la posibilidad del recurrente de revisar la fecha de nacimiento y la edad determinadas, a pesar de ser el objeto principal de controversia⁴⁰.

Por el contrario, en la STC 186/2013, de 4 de noviembre, deniega el amparo solicitado por una ciudadana argentina, madre de una menor de nacionalidad española, sobre la que pesaba una orden de expulsión. El Tribunal Constitucional entiende que tal expulsión del territorio nacional no supone una obligación de abandonar el país para su hija y que la menor sólo vería lesionado su derecho fundamental si no tuviera otros elementos de arraigo en España o únicamente la madre pudiese asumir su manutención.

(vi) *Vida, salud e integridad*. En esta materia puede que la resolución más notoria sea la STC 154/2002, de 18 de julio, en la que analiza la condena penal a unos Testigos de Jehová, padres de un menor que falleció tras negarse a recibir transfusiones de sangre autorizadas por el juzgado de guardia, por no haberle convencido para deponer su actitud ni haber autorizado dicha intervención médica. En ella se otorga el amparo y se afirma que el menor, al oponerse a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando su derecho fundamental a la integridad física, reconociéndole, además, la titularidad del derecho a la libertad religiosa.

También posee relevancia la STC 66/2022, de 2 de junio, que declara que la limitación del derecho de la madre gestante a decidir el lugar del alumbramiento (art. 18 CE), en este caso su domicilio, fue objeto de una limitación proporcionada, inspirada por la finalidad de salvaguardar un bien constitucionalmente protegido como es la vida y salud del *nasciturus*.

Por último, cabe aludir a una reciente serie de sentencias relativas al desacuerdo entre los padres sobre la administración de la vacuna contra la covid-19 a sus hijos menores de edad. En esta ocasión se han desestimado los recursos de amparo al no apreciarse la vulneración del derecho a la integridad física y moral, en relación con la facultad de autodeterminación para aceptar o rechazar la práctica de procedimientos médicos, que puede restringirse mediante habilitación legal expresa y respetando el principio de proporcionalidad. Para el Tribunal, estos presupuestos han sido respetados por los órganos judiciales que autorizaron la inoculación de la vacuna en el marco de

³⁹ *Vid.*, también, STC 87/20202, de 20 de julio, FJ 3.

⁴⁰ En igual sentido, SSTC 40/2023, de 8 de mayo y 13/2022, de 24 de octubre.

la injerencia permitida por la Ley de autonomía del paciente, ponderando el interés superior del menor y la preservación de su salud física y mental (por todas, STC 38/2023, de 20 de abril)

(vii) *Identidad*. En una de sus últimas resoluciones, relativa a un supuesto de maternidad subrogada, el Pleno del Tribunal ha declarado manifiestamente irrazonable (art. 24.1 CE), la resolución judicial que denegó la adopción por la esposa del padre biológico pues, sin haber existido impugnación previa sobre la filiación del menor, vertió dudas sobre un posible fraude a la paternidad (STC 28/2024, de 27 de febrero)⁴¹.

Por su parte, en la STC 178/2020, de 14 de diciembre, relativa al orden de los apellidos del menor, se recuerda que, mediante la solicitud de la imposición de estos, los progenitores no están ejerciendo un derecho propio, sino un derecho del menor y, por consiguiente, deben ser los órganos judiciales los que se pronuncien ponderadamente sobre su ordenación cuando hay conflicto, atendiendo a su interés superior⁴².

La STC 99/2019, de 18 de julio tampoco debe pasar desapercibida, puesto que declara la inconstitucionalidad del art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas por vulneración de los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad y a la protección de la salud de los menores, en relación con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, en la medida en que prohíbe cambiar la mención registral del sexo y nombre a los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad⁴³.

En último lugar, la STC 158/2009, de 25 de junio, el Tribunal coincide con la ponderación realizada en materia de derecho a la imagen por los órganos judiciales que concluyeron que, en este caso, el derecho a la propia imagen del menor (art. 18 CE) prevalece sobre el derecho de los periodistas a difundir libremente información veraz, pues la fotografía fue captada y difundida sin el consentimiento de los padres, ni poseía carácter accesorio ni interés público en ello, ni la veracidad en la información justificaba la intromisión ilegítima.

(viii) *Participación*. El principio del interés superior del menor reconoce el derecho de los niños y adolescentes a participar en decisiones que les afecten, de acuerdo con su edad y madurez. Ello implica escuchar sus opiniones y tener en cuenta sus

⁴¹ Añade que tampoco satisfizo el canon de motivación especialmente reforzado, al considerar que el interés superior del menor se veía preservado al continuar disfrutando de hecho de los vínculos familiares, sin ponderar la inseguridad jurídica que aquejaba a esos lazos y su impacto en la construcción de la identidad del menor.

⁴² *Id.*, también, STC 167/2013, de 7 de octubre, respecto al mantenimiento del primer apellido materno por el que el menor era conocido en los ámbitos familiar, social y escolar.

⁴³ Según el Tribunal, tal restricción legal incrementa notablemente los perjuicios para su derecho a la intimidad personal y para el principio que le garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad (FJ 9). Aunque también advierte que la norma cuestionada tiene una contribución positiva al interés del menor de edad, en particular en todos aquellos supuestos en los que las manifestaciones que acreditan la transexualidad no estén consolidadas. Cuando se dan estas concretas circunstancias, excluir al menor de edad de esa opción se justifica en la mejor salvaguarda de su interés, pues se le evitan las serias consecuencias negativas que podrían seguirse de una decisión precipitada (FJ 8).

puntos de vista en aquellos asuntos que les conciernen, como la custodia, la adopción, la atención médica y la educación⁴⁴.

Así, lo ha entendido la STC 64/2019, de 9 de mayo, resolviendo las dudas de constitucionalidad del precepto legal que regula la forma en la que debe documentarse la exploración de menores o personas con capacidad modificada judicialmente en los expedientes de jurisdicción voluntaria⁴⁵.

Como puede apreciarse, todas estas resoluciones del Tribunal Constitucional que ha sido citadas son ejemplos significativos del modo en que su doctrina está contribuyendo significativamente a la protección y promoción del interés superior del menor en el contexto legal español. Puede, pues, afirmarse que decisiones han establecido estándares importantes para garantizar que los derechos de los niños y adolescentes sean respetados y protegidos en todas las esferas de la vida.

VI. La relevancia de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

Si nos aproximamos ahora a la legislación nacional y sin perjuicio de las menciones que en concreto aparecen diseminadas en nuestras leyes (y especialmente, como es obvio, en el código civil), es imprescindible dirigir nuestra atención hacia la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), cuya modificación por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, ha reforzado el sistema de protección a la infancia y adolescencia en España. Este marco legal establece una serie de disposiciones fundamentales destinadas a salvaguardar los derechos y el bienestar de los menores, reconociendo su condición de sujetos de especial protección debido a su natural vulnerabilidad, pero también un papel activo en el ejercicio de sus derechos. El paradigma ciertamente ha cambiado.

Ya en su exposición de motivos, el legislador orgánico advierte que con esta ley se pretende dar cumplimiento al mandato del art. 39 CE y a las nuevas demandas y necesidades de la sociedad respecto a la exigencia de dotar al menor de un adecuado estatuto jurídico de protección incorporando las normas de los instrumentos internacionales ratificados por España. En segundo término, subraya que la finalidad de esta nueva regulación es reconocer el papel que los menores desempeñan en la sociedad y otorgarles un mayor protagonismo. Por último, cree oportuno destacar, seguramente por mor del art. 9.1 CE, que este estatuto jurídico del menor vincula a todos los poderes públicos, a las instituciones relacionadas con él, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general y que se basa en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos y de una capacidad progresiva de los menores para ejercerlos (art. 10 CE), lo que conlleva que las limitaciones a tal ejercicio deban ser interpretadas restrictivamente, en la convicción de que la mejor forma de garantizar la protección de la infancia es promoviendo su autonomía como sujetos.

⁴⁴ *Vid.*, también, SSTC 221/2002, de 25 de noviembre y 71/2004, de 19 de abril.

⁴⁵ Art. 18.2.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria.

Pues bien, es importante destacar que el título I LOPJM comienza ya en su art. 3 con un reconocimiento expreso de los derechos contenidos en los tratados internacionales (art. 96 CE), siendo también canon de interpretación de los derechos fundamentales referidos a los menores (art. 10.2 CE). En consecuencia, en efecto, se ha dado cumplimiento legislativo al contenido del mandato del art. 39.4 CE.

Desde este punto de vista, pudiera parecer que en poco cambia la situación de los menores en tanto que los derechos fundamentales reconocidos por la LOPJM ya formaban parte del orden interno en virtud del art. 96 CE e igualmente debían ser tomados en consideración como criterios de interpretación de las normas referidos a ellos ex art. 10.2 CE, coincidiendo casi en su totalidad con los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos expresamente por la Constitución española. Sin embargo, no cabe duda de que con la promulgación de esta ley queda consolidado el estatuto jurídico de los niños y adolescentes con pleno respeto a los valores constitucionales y a la normativa internacional. El avance, pues, es innegable.

Establecido lo anterior, un aspecto importante que conviene aclarar de esta ley es el relativo a su naturaleza orgánica, pues tal carácter se debe a su contenido material. Es decir, al margen del reconocimiento como tal de un derecho al interés superior del menor, el resto de los contemplados son derechos fundamentales y libertades públicas (derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, libertad ideológica, derecho de participación, asociación y reunión, libertad de expresión y determinadas facetas del derecho a la tutela judicial efectiva), por lo que era obligatoria la vía del art. 81 CE.

Pero, realizada esta advertencia, es necesario destacar la relevancia de la LOPJM. No está relacionada con el régimen de máxima protección de los derechos fundamentales, vía el recurso de amparo, porque la mayoría de derechos recogidos en ella ya tenían acceso a él, sino porque ahora aparecen detalladamente regulados y, aun tratándose de derechos de configuración legal, el legislador ha contado con un amplio ámbito de libertad en su definición, determinación de las condiciones y efectos de su ejercicio. Al margen de ello, hay que subrayar que la LOPJM no sólo desarrolla los derechos de los menores sino también una amplia gama de deberes para niños y adolescentes, familia, administraciones y ciudadanos en general. Todo ello hace que actualmente pueda ser considerado un completo estatuto jurídico del menor que, aun con defectos y omisiones, ofrece las necesarias pautas de actuación para los poderes públicos y, sobre todo para los jueces y tribunales, pues la interpretación de los requisitos exigidos para el efectivo ejercicio por los menores de tales derechos, en tanto que se trata de una materia de legalidad ordinaria, queda reservada a su competencia (art. 117.3 CE).

Una vez aclarado este extremo, la novedad más sobresaliente de la LOPJM radica en que el legislador orgánico ha declarado que el interés superior del menor es un derecho subjetivo, así como un canon interpretativo. Y, además, lo ha hecho en su segundo artículo, apenas haber delimitado el ámbito de aplicación de la ley. Es decir, todo el conjunto normativo constituye ahora un completo estatuto jurídico de la infancia y adolescencia guiado por un canon fijo que es alcanzar el mayor beneficio del destinatario de la norma. Ha convertido, por así decirlo, lo que en el art. 39.4 CE es un principio rector en un verdadero derecho subjetivo y en un criterio de interpre-

tación normativa de obligado cumplimiento⁴⁶. Desde su entrada en vigor, no puede dudarse pues, de la posible invocación directa de tal derecho ante los tribunales y cualesquiera poderes públicos, como tampoco de su virtualidad como criterio de ponderación cuando los derechos de los menores reconocidos en esta y otras leyes entren en conflicto con cualesquiera otros bienes jurídicamente protegidos. En tal sentido, el apartado 5.º del art. 2 LPJM es claro al respecto: las leyes, resoluciones judiciales, actos administrativos y conflictos entre particulares deberán ser examinados, adoptados y resueltos, mediante la determinación expresa y motivada de cuál sea el mayor beneficio del menor que, además, deberá prevalecer, siempre que sea posible, sobre cualquier otro, en todos los asuntos en los que este se halle concernido (apartado 4.º del art. 2 LOPJM).

Así, el art. 2 LOPJM dispone que «[t]odo menor *tiene derecho* a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Y para facilitar la aplicación de este principio, este mismo precepto incluye una serie de criterios generales que deberán tomarse en cuenta al determinar el interés superior del menor y que abarcan aspectos tan esenciales como la protección de su derecho a la vida, supervivencia y desarrollo integral, así como la consideración de sus deseos, opiniones y necesidades emocionales y afectivas, enfatizando la necesidad de garantizar un entorno familiar seguro y libre de violencia, así como la preservación de su identidad cultural, religiosa y personal⁴⁷.

Además, establece que estos criterios generales deberán ser ponderados teniendo en cuenta una serie de elementos adicionales, como la edad y madurez del menor, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación y la estabilidad de las soluciones adoptadas para su integración y desarrollo en la sociedad⁴⁸. Por ello, a la vista del contenido del art. 2 LOPJM parece que no puede seguir afirmándose que estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado y, seguramente, felicitarse por ello, por cuanto como acertadamente pone de manifiesto Encarna Roca Trías «si no hay criterios objetivos, cualquier sistema jurídico se convierte en inseguro, caprichoso o incluso arbitrario»⁴⁹. Sin embargo, que la LOPJM ofrezca una amplia gama de indicadores de los que el aplicador de la norma puede y debe hacer uso, no significa ni debe significar que no haya espacio para el arbitrio judicial, en caso de conflictos judiciales en los que se vea inmerso un menor, ya que sólo el juez debe apreciar las necesidades de protección y las concretas medidas que deben adoptarse. La lista de criterios establecida en el art. 2 LOPJM debe considerarse un elenco abierto que puede ayudar al

⁴⁶ El art. 11.2.a) LOPJM establece que debe ser el principio rector en la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, subrayando el compromiso del Estado en proteger y promover los derechos y el bienestar de los menores en todas sus acciones y políticas.

⁴⁷ Vid. apartado 2.º del art. 2 LOPJM.

⁴⁸ Vid. apartado 3.º del art. 3 LOPJM.

⁴⁹ Vid. *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 215.

operador jurídico a evaluar la situación del menor y resolver en su mayor beneficio los conflictos en los que el ejercicio de sus derechos se vea concernidos.

Desde luego, es innegable que, en el actual contexto normativo de protección de la infancia y adolescencia, el art. 2 de la LOPJM parece emerger como un pilar esencial al establecer y garantizar el derecho del menor a que prevalezca su bienestar en todas las decisiones relacionadas con él, tanto en el ámbito público como en el privado.

Ahora bien, analizando despacio este precepto ha de llegarse a dos conclusiones. La primera es que, aunque el mandato del art. 39 CE haya sido desarrollado legislativamente y el interés del menor declarado derecho subjetivo no lo convierte en un derecho fundamental y, por consiguiente, *por sí solo*, no goza de la protección reforzada por vía del recurso de amparo. Para impetrar el amparo constitucional deberá invocarse la posible vulneración de uno de los derechos fundamentales a los que hacer referencia el art. 53.2 CE ya que el interés superior del menor, por más que venga configurado en la LOPJM como un derecho subjetivo, no es un derecho constitucional. La segunda conclusión que debe extraerse es la de que aun cuando la LOPJM rubrique el interés superior del menor como un derecho y lo sitúe sistemática y prioritariamente incluso antes de la regulación de los que sí son derechos fundamentales estamos en presencia de un derecho subjetivo de carácter instrumental y reaccional. Es instrumental por cuanto está al servicio de otra relación o situación jurídica respecto de la cual el mayor interés del menor se discute. De esta suerte, la tutela del «derecho al interés superior» del menor se involucra con la tutela de otro derecho de carácter material o sustantivo, de fondo, que puede ser constitucional o de otro tipo. Por otro lado, se trata de un derecho subjetivo reaccional por cuanto su atribución al menor le permite impugnar las actuaciones judiciales y administrativas que considere ilegales y que hayan incidido en su esfera vital de intereses.

VII. La protección jurisdiccional de la infancia y el papel de los actores involucrados

Tras haber examinado la evolución del concepto de «interés superior del menor» y su reflejo en los instrumentos normativos y en la doctrina constitucional, se está ya en disposición de avanzar cuál sea la actual protección jurisdiccional que se le puede dispensar a niños y adolescentes y que se resume en que:

- (i) Como principio rector de la política social y económica que reconoce, respeta y protege el capítulo tercero del título I CE si bien no goza de la garantía jurisdiccional reforzada que supone, entre otros, su acceso al recurso de amparo no significa que no obtenga atención constitucional. El art. 53.3 CE ordena que informe la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos⁵⁰, por lo que cualquier actuación referente a los

⁵⁰ SSTC 243/2004, de 16 de diciembre, FJ 4; STC 64/2019, de 9 de mayo; 99/2019, de 18 de julio; 106/2022, de 13 de septiembre, entre otras.

- menores, por un lado, debe estar orientada al interés superior del menor y, por otro, queda limitada por él.
- (ii) Su carácter programático implica que establece objetivos y directrices que el Estado debe desarrollar a través de leyes y normas específicas. Dicho de otro modo, es un marco de referencia para la acción legislativa y la elaboración de políticas públicas, orientando el rumbo hacia una sociedad en la que se vayan integrando paulatina y activamente los niños y adolescentes. En su función orientadora, sirve de brújula para la interpretación jurídica, guiando a los jueces y tribunales en la aplicación de las normas vigentes. Tal función permite interpretar las leyes y demás disposiciones normativas de acuerdo con el espíritu de la Constitución y los valores que ella consagra, garantizando resoluciones acordes con los valores constitucionales.
- En tal sentido, es obvio que puede ser utilizado como canon de constitucionalidad de las normas⁵¹ y como canon de ponderación para resolver conflictos entre derechos subjetivos⁵², pues al encarnar un valor o bien jurídico constitucionalmente digno de protección inclinará la balanza a favor de la interpretación más concorde o favorable a este principio⁵³ o como afirma Luis M.^a Díez-Picazo⁵⁴, cualquier limitación de un derecho fundamental resultará más fácil de justificar si ello redundará en beneficio de algún otro valor de rango constitucional, como en este caso, la protección y bienestar del menor.
- (iii) En la aplicación del interés superior del menor están involucrados por mandato constitucional, todos aquellos actores que desempeñan roles específicos para garantizar el bienestar y la protección de los niños y adolescentes: legislador, jueces, Administración pública, instituciones privadas y sujetos particulares. No se trata de una directriz exclusivamente enviada al poder público, sino que constriñe a todos aquellos que en un momento u otro se vean implicados en el ejercicio de los derechos de los menores.
- (iv) El interés superior del menor, una vez reconocido expresamente como derecho subjetivo típico en los instrumentos internacionales ratificados por España, forma parte del ordenamiento interno (art. 96 CE), pero posee un rango infra constitucional y por sí solo (salvo que vaya referido al ejercicio de un derecho fundamental) no se integra en el mandato del art. 10.2 CE de adecuar su interpretación a los tratados y acuerdos internacionales.

⁵¹ Así, por ejemplo, SSTC 34/2023, de 18 de abril, al examinar la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación y STC 106/2022, de 13 de septiembre relativa a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁵² Son muy ilustrativas las tablas que presenta Manuel Martínez Sospedra, *op. cit.*, p. 228 para ilustrar cómo desde la ratificación por España de la CDN se registra una clara tendencia al alza en el número de sentencias constitucionales en las que se halla presente la naturaleza prevalente del interés superior del menor.

⁵³ *Vid.* Paloma Biglino Campos, *op. cit.*, p. 79.

⁵⁴ *Vid. Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 61.

- (v) Tanto el reconocimiento del interés superior del menor como un derecho subjetivo, como su desarrollo en la LOPJM ha servido para obtener un completo estatuto jurídico de la infancia y adolescencia, y lograr su pleno ejercicio ante la jurisdicción ordinaria y ante las administraciones públicas, pues hasta el momento carecía de un contenido determinado y exigible.
- (vi) Como derecho con rango legal, corresponde a los tribunales ordinarios determinar en cada caso cuál sea el interés superior del menor.
- (vii) Su rango infra constitucional impide que goce de la garantía reforzada que le ofrece su acceso al recurso de amparo en caso de que el interés superior del menor se vea lesionado, pues tratándose de una materia de legalidad ordinaria, el Tribunal Constitucional sólo podrá valorar su posible vulneración de manera indirecta, es decir, si va acompañado de la invocación de un derecho fundamental o una libertad pública *ex* art. 53.2 CE.
- (viii) Entra en las competencias del Tribunal Constitucional examinar si la motivación ofrecida en las resoluciones judiciales o administrativas para adoptar cuantas medidas concierne a los menores, está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales, siendo el canon de razonabilidad constitucional más exigente cuando se invoca el interés superior del menor.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

POR LAS SENDAS DE LA EUTANASIA

JESÚS GARCÍA TORRES
Abogado del Estado emérito

*Θνητά φρονεῖν χρή θνητὴν φύσιν*¹

En la Atenas democrática del siglo v antes de Cristo, al ideal oligárquico del buen orden (*eunomía*) se oponía el democrático de la *isonomía*, cuya secuela era la *isegoría*, es decir, «la facultad compartida de expresar la opinión personal, que tenía una vertiente subjetiva en una cualidad desarrollada gracias a ella en el alma de los ciudadanos, la *parrhesía* o “todo decir”, ese natural impulso a manifestar con sinceridad absoluta y sin inhibición alguna los juicios personales»². Muchas son las conversaciones que he mantenido con Javier en los años finales del siglo pasado y en los primeros de este, todas presididas por la libertad y la sinceridad. Esta colaboración, por pobre que sea, está también guiada por el mismo deseo de libertad y sinceridad con las que en mejores tiempos platicábamos.

La sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 19/2023, de 22 de marzo, desestima íntegramente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados del grupo parlamentario VOX contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE). Otra STC posterior —la 94/2023, de 12 de septiembre— reitera el mismo pronunciamiento respecto a otro recurso interpuesto por diputados del grupo parlamentario Popular con idéntico objeto³. Por razón del número de páginas sugerido a los colaboradores de esta obra, el comentario que sigue tendrá que limitarse a examinar algunas de las cuestiones planteadas por la LORE y abordadas en ambas sen-

¹ «Conviene a la naturaleza mortal pensar cosas de mortales». Sófocles, fr. 590, Pearson («La naturaleza humana preciso es / que reflexiones humanas tenga», trad. José M.^a Lucas de Dios, Sófocles, *Fragmentos*, fragmento 590, Ed. Gredos, Madrid 1983, p. 308). Si no se indica otra cosa, las traducciones son del autor.

² Luis Gil, *Censura en el mundo antiguo*, Alianza Editorial, Madrid 1985, pp. 47 y 48. Por nota en la p. 48 de esta obra, su autor hace notar —siguiendo a Giuseppe Scarpato, *Parrhesia*, Brescia 1964— que en Roma no existió nada parecido a la *parrhesía*, «ya que sólo las personas con *auctoritas* tenían libertad de palabra».

³ Advierte el FJ 1 de la STC 94/2023 que «las impugnaciones coincidentes» con las del recurso de los diputados de VOX se resolverán «por remisión» a la STC 19/2023. En consecuencia, por lo general citaremos solamente la STC 19/2023, pues la STC 94/2023 —siendo sentencia de remisión en las cuestiones que aquí abordamos— poco innova, aunque no deje de ser cierto que «parece querer matizar determinadas afirmaciones contenidas en la precedente», como afirma la Sra. Espejel en el núm. 1 de su voto particular. En efecto, la STC 94/2023 es algo menos enfática en la invocación del derecho fundamental a la integridad en relación con el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

tencias y en sus votos particulares, según la selección más o menos arbitraria del autor de estas líneas.

La LORE es una ley militante que desprende activismo *pro-eutanasia* tanto en su parte expositiva como en la dispositiva. Es también una ley imperfecta. Hay en ella evidentes deficiencias técnicas, caritativamente disimuladas como «lenguaje algo errático» (FJ 7.C.b⁴). Por vía interpretativa y no sin esfuerzo, la STC 19/2023 ha corregido algunas; pero en un caso importante —el del cuarto párrafo del art. 18.a) LORE— la necesaria interpretación correctiva resulta muy forzada y desborda claramente el marco textual de significación posible (FJ 7.C.c). El Tribunal ha colmado igualmente lagunas llamativas de la LORE, como la concerniente a la impugnabilidad de las resoluciones definitivas de las Comisiones de Garantía y Evaluación que fueran favorables a la eutanasia (FJ 7.C.b), pero ha dejado sin rellenar otras. De todo ello trato en un trabajo más amplio no publicado⁵. En este me limitaré a comentar algunas cuestiones generales.

I. ¿Un nuevo derecho fundamental?

El legislador eutanásico de 2021 ya sugería la *relevancia iusfundamental* del «derecho individual»⁶ que reconocía, aunque parecía no tener claro a qué derecho fundamental acogerse⁷. Pero la mayor parte de la LORE es ley orgánica (disp. final 3.^a LORE), así es que el legislador de la eutanasia suponía estar desarrollando «derechos fundamentales y libertades públicas» (art. 81.1 CE). Además, la LORE invoca como título competencial de cobertura para toda la ley el del art. 149.1.1.^a CE («condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes *constitucionales*») y, en fin, prescribe que los recursos contencioso-administrativos aludidos en los arts. 10.5 y 18.a) LORE «se tramitarán

⁴ Si no se indica otra cosa o no resulta claramente del contexto, los fundamentos jurídicos y votos particulares citados pertenecen a la STC 19/2023.

⁵ «Disidencias eutanásicas» (107 folios A4 con 231 notas a pie de página, algunas muy extensas). Si algún lector desea conocerlo, puede pedirlo al autor (jgtorres.1948@gmail.com). El sumario de «Disidencias eutanásicas» es este: I. El ejemplo histórico. II. Cuestiones generales. 1. ¿Un nuevo derecho fundamental? 2. Un derecho prestacional. 3. Autonomía y «contexto eutanásico», dos caminos llamados a divergir. III. El procedimiento administrativo eutanásico. 1. La fase médica. 2. La fase de comisión. 3. Dos lagunas, una colmada por la STC 19/2023 y otra no. IV. La eutanasia de los incapaces de hecho. 1. La determinación de la incapacidad de hecho. 2. La preeminencia del DIP. El artículo 9 LORE. 3. Las especialidades del procedimiento eutanásico para incapaces de hecho. V. El infanticidio eutanásico y la eutanasia de menores. 1. Dos artículos como ejemplo. 2. El infanticidio eutanásico y la eutanasia de menores en los «países de nuestro entorno». 3. El art. 15.c) de la LO 2/2010 y el futuro». La presente colaboración abrevia el apartado II de «Disidencias eutanásicas».

⁶ Art. 1 LORE.

⁷ Último párrafo del apartado I del preámbulo de la LORE: «Así definida, la eutanasia conecta con un derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida, pero que se debe cohesionar también con otros derechos y bienes, igualmente protegidos constitucionalmente, *como son la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE)*».

por el procedimiento previsto para la protección de los derechos fundamentales de la persona» en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁸. La STC 19/2023 pone fin a las dudas del legislador y encuadra el derecho subjetivo público a la eutanasia⁹ en el ámbito de protección del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) [FFJJ 6.C.d) y e)].

Los votos particulares del Sr. Arnaldo (núm. 2) y de la Sra. Espejel (núm. 1) a la STC 19/2023 sostienen que el Tribunal ha usurpado funciones propias del poder constituyente originario o, al menos, del poder de reforma constitucional, porque ha creado «un nuevo derecho fundamental», un derecho fundamental a la autodeterminación respecto a la propia muerte. Reprochan así a la mayoría haber llevado a cabo un «acto apócrifo de soberanía», por decirlo con léxico schmittiano. El argumento tendría sentido si cupiera precisar exactamente los límites de la interpretación constitucional que puede llevar a cabo el «intérprete supremo» (art. 1.1 LOTC) y determinar así con igual exactitud dónde *no* puede llegar la interpretación y es necesario que intervenga el poder de reforma constitucional. El Tribunal Constitucional lleva decenios tomándose libertades —bien tomadas por lo general— con la CE y con la LOTC. De un simple mandato al legislador contenido en el art. 18.4 CE ha hecho emerger un derecho fundamental¹⁰. Desde mediados de los años ochenta del siglo pasado, «el derecho fundamental de libertad sindical se integra no sólo por su contenido esencial mínimo indispensable, sino también por esos derechos o facultades adicionales *de origen legal o convencional colectivo*, con la consecuencia de que los actos contrarios a estos últimos son susceptibles de infringir el art. 28.1 CE»¹¹ y, como consecuencia, ser protegibles mediante el amparo constitucional. En fin, ¿dónde hay un texto preciso de

⁸ Desgraciadamente la STC 94/2023, FJ 6.B.b), tercer párrafo, ha creado una innecesaria confusión respecto al ámbito de este procedimiento al declarar que «el art. 53.2 CE no impide al legislador procesal utilizar *por conexión* este cauce especial de protección, preferente y sumario, para tutelar derechos subjetivos, *aunque estos carezcan de naturaleza iusfundamental*, siempre y cuando dicho cauce esté disponible para los derechos fundamentales en sentido estricto» (cursivas mías). Esta poco feliz declaración —criticada tanto en el voto particular del Sr. Arnaldo (último párrafo) como en el de la Sra. Espejel (n.º 9)— es tanto más inexplicable cuanto que poco antes la propia STC 94/2023, FJ 6.B.a), recogía la doctrina constitucional tradicional, según la cual el procedimiento de amparo judicial previsto en el art. 53.2 CE es inadecuado «para tramitar pretensiones que no tengan relación con las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo *ex* art. 53.2» CE y no puede utilizarse «cuando, *prima facie*, pueda afirmarse, sin duda alguna, que el acto impugnado no ha repercutido en el ámbito de los derechos fundamentales alegados». Por los límites fijados a este trabajo no es posible tratar esta cuestión por extenso, pero la clave del enigma está sin duda en cómo se entienda la necesidad de «conexión», que obviamente sólo puede referirse a los derechos fundamentales *sensu stricto*.

⁹ Esto es, el derecho reconocido en los arts. 1 I, 3.g), 4.1 y concordantes de la LORE, es decir, el derecho a recibir tanto una prestación de eutanasia activa directa [art. 3.g.1.ª LORE] como una prestación de asistencia al suicidio [art. 3.g).2.ª LORE].

¹⁰ Por todos, Javier Pardo Falcón, «Comentario al art. 18.4 CE», en *Comentarios a la Constitución Española XL Aniversario*, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde (dirs.), BOE, Ministerio de Justicia, Fundación Wolters Kluwer, Madrid 2018, t. I, pp. 564-565.

¹¹ STC 70/2000, de 13 marzo, FJ 4. Por todos, José M.ª Goerlich Peset, «Comentario al art. 28.1 CE», en *Comentarios a la Constitución Española*, cit., t. I, pp. 1020-1025.

la CE o de la LOTC que, en los procesos declarativos de inconstitucionalidad, permita al Tribunal Constitucional dictar sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad (cfr. art. 39.1 LOTC), «modular» la declaración de nulidad mucho más allá de lo que permite el art. 40 LOTC o incluso diferir *pro futuro* los efectos de la inconstitucionalidad y nulidad declaradas¹²? Cuando los actores políticos son incapaces de activar la reforma constitucional, es casi inevitable que el jardinero que cuida del «árbol vivo» (*living tree/ arbre vivant*) de la Constitución se esfuerce por que crezca más frondoso con el riego de la «interpretación evolutiva» (FJ 6.B.c). Pasó con el matrimonio homosexual; ha pasado con la eutanasia y el aborto libre «dentro de las primeras catorce semanas de gestación»; volverá a pasar, aunque el fruto del *living tree* algunos lo encuentren *unpalatable*, difícil de tragar. ¿Quién negará que una audaz interpretación de los arts. 2 y 94.1.c) CE podría llegar a amparar un tratado de cesión (o retrocesión, como guste) de Ceuta y Melilla e incluso un tratado de reconocimiento y amistad entre el Reino de España y la República Catalana? Por todo ello, nuestro interés no ha de ser dilucidar la cuestión cuasimetafísica, por no decir teológico-política, de la *actio finium regundorum* entre la interpretación constitucional auténtica (la del Tribunal Constitucional) y el poder de reforma constitucional¹³, sino tratar de entender el significado y alcance de que, en el ámbito protector del derecho fundamental a la integridad física

¹² Por todos, Ignacio de la Cueva Aléu, «Comentarios a los arts. 39 y 40 de la LOTC», en *Comentarios a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*, J. J. González Rivas (dir.), BOE, Tribunal Constitucional, Fundación Wolters Kluwer, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2020, pp. 458 a 463 y 472 a 477.

¹³ Por dar un solo ejemplo, pero muy autorizado, véase Dieter Grimm (catedrático y magistrado que fue del Tribunal Constitucional Federal alemán), *Constitucionalismo pasado, presente y futuro*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2020, trad. J. A. Portocarrero, pp. 256-258: «¿En qué momento una nueva interpretación equivale a una enmienda a la constitución? Por supuesto, en un sentido formal una reforma requiere un cambio en el texto de la constitución. Esto no puede ser hecho por un tribunal. Sin embargo, en un sentido más sustantivo, los cambios en el significado de un texto determinado pueden tener un mayor impacto que los cambios textuales [...] En tanto la interpretación se derive del texto de una manera jurídicamente aceptable, permanece en el ámbito del derecho. No obstante, las consecuencias políticas pueden ser graves [...] El efecto a menudo implica un incremento de poder [de los jueces constitucionales] que se corresponde con una pérdida de poder para el legislador [...] Ante esta situación muchos autores recurren a la idea de la autolimitación o autocontención judicial (*judicial self-restraint*) como remedio. Pero la autocontención, por recomendable que sea, no es más que una apelación a la ética profesional, no es una regla jurídica. Descriptivamente, se puede distinguir entre tribunales activos y tribunales deferentes. Prescriptivamente, no hay criterios visibles de funcionamiento. Hay demasiados factores en juego, y a menudo un análisis más detallado muestra que una interpretación que parece extremadamente audaz está bien fundamentada en las circunstancias en que fue tomada. Además, no está claro que exista una conexión entre la autocontención judicial y el grado de politización de los tribunales [...] Los tribunales constitucionales aplican la constitución, cuya modificación suele ser más difícil por buenas razones. Sin embargo, sólo enmendando la constitución los poderes políticos [...] pueden corregir o reprogramar a los tribunales constitucionales. Por tanto, las enmiendas no deben dificultarse demasiado. Cuando son muy difíciles, como en los Estados Unidos, la carga de la adaptación de la constitución a los nuevos desafíos recae sobre los hombros de los jueces y los hace más políticos [...] Las enmiendas son un correctivo externo al poder de los tribunales. Pero también hay un correctivo interno: incluso si fuese cierto que sólo es posible determinar lo que es legalmente aceptable y lo que no lo es dentro del sistema jurídico, tal determinación no permanece inmutable para siempre, no siendo los jueces los únicos actores que participan en el debate en curso. Por consiguiente, es sumamente importante que los tribunales constitucionales se inserten activamente en un discurso en el que se evalúe y reajuste

y moral, haya quedado incluido —por obra de la STC 19/2023— el derecho a la eutanasia (es decir: el derecho al homicidio médico, o al suicidio médicamente asistido, concurriendo el llamado *contexto eutanásico*).

Tanto la sentencia mayoritaria¹⁴ como los dos votos particulares¹⁵ citan la STC 37/2011, de 28 de marzo, que otorgó el amparo solicitado por un paciente al que se le practicó, con mal resultado, un cateterismo para colocarle un *stent* en la arteria coronaria, sin previo consentimiento informado¹⁶. El Tribunal amparó al recurrente por violación del derecho a la integridad *física* (art. 15 CE), que protege —lo recuerda el FJ 6.C.d)— la «incolumidad corporal», seriamente afectada en el paciente que reclamó el amparo. La *novedad* de la STC 37/2011 es la modalidad de la violación: el derecho fundamental a la integridad física se reputa violado porque la intervención médica lesiva se efectuó en condiciones irregulares, a saber, sin genuino consentimiento informado; pero la información previa al consentimiento es imprescindible, puesto que el derecho fundamental a la integridad corporal comprende «una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal» (STC 37/2011, FJ 3). La STC 37/2011 no crea, pues, ningún derecho fundamental nuevo. Simplemente incluye dentro del ámbito tutelar del derecho a la integridad física (art. 15 CE) la protección de la incolumidad corporal contra agresiones médicas causadas sin previo consentimiento informado, es decir, sin dar oportunidad real al paciente para ejercer la facultad de oposición a la asistencia médica que se le propone.

¿Qué es lo que realmente hace la STC 19/2023? ¿Crea un nuevo derecho fundamental o, como hizo la STC 37/2011, redefine el ámbito protector del derecho a la integridad física y moral? En la STC 19/2023 leemos que el derecho a la eutanasia queda comprendido en el derecho o los derechos (se emplean las dos fórmulas) a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). El Tribunal no precisa exactamente qué tipo de integridad ampara el derecho a la muerte autodeterminada¹⁷. Sería paradójico entender que un derecho a morir por propia decisión pudiera cobijarse en el

constantemente la división de funciones entre las ramas política y jurídica del gobierno, así como se debata la aceptabilidad de los métodos jurídicos y la solidez de las interpretaciones».

Aunque tal vez no sea necesario, puesto que la larga cita es de por sí elocuente, me permito subrayar que sostener que «[e]n tanto la interpretación se derive del texto de una manera *juridicamente* aceptable, permanece *en el ámbito del derecho*» (cursivas mías) no deja de ser un ejemplo más de tautología, razonamiento circular o petición de principio, tan frecuente en los razonamientos de los tribunales, aunque cierto es que «*tous, ici, nous avons plus ou moins pêché*».

¹⁴ FFJJ 4.a y 6.C.b.iii/d.i/d.ii. La doctrina de la STC 37/2011, de 28 de marzo, en relación con el derecho a la integridad física y moral ha sido recientemente corroborada en la STC 11/2023, de 31 de marzo, FJ 3.C.

¹⁵ Voto particular del Sr. Arnaldo, núms. 2 y 3. Voto particular de la Sra. Espejel, núms. 3 y 6.

¹⁶ Antecedente 2, a) y b), de la STC 37/2011.

¹⁷ Es la acuñación del Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia de su Sala II de 26 de febrero de 2020.

derecho a la integridad física: la muerte no preserva sino que destruye la «integridad física» o corporal, la *desintegra*¹⁸. No parece que evitarse los sufrimientos causados por una enfermedad a expensas de la propia vida pueda considerarse protección de la integridad física¹⁹. La conservación de la vida es obvio presupuesto para que la integridad corporal pueda sufrir un ataque. Por ello el derecho a la integridad moral parece mejor candidato para amparar el derecho a la eutanasia²⁰. Así parece sugerirlo el pasaje del FJ 4 en el que se afirma que «[e]ste derecho protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo». Estas palabras de sabor kantiano —y en realidad muy poco kantianas²¹— apuntan a que el derecho a la eutanasia ha de encajarse en el derecho fundamental a la integridad *moral*. Así lo sugiere la «conexión» con la dignidad de la persona y con el libre desarrollo de la personalidad²² (art. 10.1 CE). En este punto la STC 19/2023 parece caminar por similares caminos dogmáticos-constructivos a los seguidos por la

¹⁸ Las pequeñas intervenciones corporales necesarias para administrar las sustancias mortales por vía intravenosa están consentidas por el solicitante de la eutanasia y son meramente instrumentales para el ejercicio del derecho a la muerte autodeterminada.

¹⁹ El Comité de Bioética de España, en su «Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso del morir en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación» de 6 de octubre de 2020 (disponible en <http://www.comitedebioetica.es/documentacion> y citado en adelante como *Inf. CBE eutanasia*), pp. 18 y 19, entiende que el derecho a la integridad incluye el «derecho a no sufrir, a no ver afectada su integridad física o psíquica». Dado que el sufrimiento es siempre subjetivo, experiencia personal sobre la que sólo el sufriente tiene autoridad epistémica, me parece difícil construir un derecho fundamental a no sufrir, que, de existir, existiría desde la cuna a la sepultura y no sólo en enfermedades graves e incurables o crónicas e imposibilitantes y, menos aún, exclusivamente en solicitantes de la prestación eutanásica como parece entender el Comité (p. 18, cit.: «[...] el solicitante de la medida eutanásica no está realmente demandando morir, es decir, no está ejerciendo su derecho a la vida bajo el prisma de su contenido negativo, sino su derecho a no sufrir, a no ver afectada su integridad física o psíquica»). Más bien, ese «derecho a no sufrir» de quien solicita la eutanasia no pasa de ser, en mi modesta opinión, una discutible forma de presentar la voluntad de acabar de una vez con la fuente de todo sufrimiento pasado, presente y futuro, la vida misma.

La STC 19/2023, FJ 3.B.b), declara que no haber solicitado el *Inf. CBE eutanasia* a lo largo del procedimiento legislativo no entraña vicio de inconstitucionalidad procedimental: no lo requería el trámite de una proposición de ley y, además, el informe fue citado en los debates parlamentarios (también STC 94/2003, FJ 2.B.b), por remisión). Al examinar las cuestiones de fondo, las SSTC 19/2023 y 94/2023 no citan una sola vez el *Inf. CBE eutanasia*, ni para bien ni para mal. Y, lo que es aún más sorprendente, tampoco lo citan los votos particulares disidentes a una y otra STC.

²⁰ Lo apuntó ya en 2010 Alfonso Ruiz Miguel, «Autonomía individual y derecho a la propia muerte», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, p. 38, y también Fernando Rey Martínez («¿El derecho a la vida es un derecho disponible por parte de su titular?», *El Cronista*, núm. 79, 2019, p. 35), aunque añadía: «con el efecto de seguir devaluando al texto constitucional».

²¹ Frente a Hume (David Hume, *Ensayos morales, políticos y literarios*, Ed. Trotta, Madrid 2011, pp. 501-502), Kant sostenía la existencia de deberes para con uno mismo, el principal de los cuales era no suicidarse (Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, A2 421-422 / *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, ed. bilingüe, Ed. Ariel, Barcelona 1996, pp. 172-175, y más ampliamente Kant, *Metaphysik der Sitten* A 421-423 / *La Metafísica de las Costumbres*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, pp. 280-284).

²² Ya advirtió Javier Jiménez Campo («Comentario al art. 10.1 CE», en *Comentarios a la Constitución Española*, cit., t. I, p. 225) que «el libre desarrollo de la personalidad» podía servir de criterio para limitar «la legislación constrictiva que pretenda fundamentarse exclusivamente en consideraciones de paternalismo

sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (Sala II) de 26 de febrero de 2020²³ y la sentencia (*acórdão*) del Tribunal Constitucional portugués 123/2021, de 15 de marzo de 2021²⁴. La idea implícita en la STC 19/2023 parece ser que negar a

moral» o, «dicho de manera positiva», para imponer, «de principio, un respeto a las opciones autorreferentes del sujeto (aquellas sin daño para terceros)».

²³ Aunque citada por el Abogado del Estado, ni los fundamentos jurídicos de las SSTC 19/2023 y 94/2023 ni los votos particulares a ellas se hacen eco de la sentencia alemana, a pesar de la importancia que la «dignidad» y el «libre desarrollo de la personalidad» del art. 10.1 CE («una refundición parcial de los arts. 1 y 2 de la Ley Fundamental alemana» según Javier Jiménez Campo, «Comentario al art. 10.1 CE», cit., p. 216) tienen en la economía argumentativa de la STC 19/2023. El núcleo central de la sentencia alemana está, me parece, en sus §§ 206 a 218. Para dar una breve idea, en el § 207, se lee que «la preservación autodeterminada de la propia personalidad» —protegida por el derecho a libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG)— «presupone que el hombre puede disponer sobre sí mismo según su propio criterio (*nach eigenen Maßstäben*) y no puede ser forzado a formas de vida que estén en insuperable contradicción con su propia autoimagen (*Selbstbild*) y autocomprensión (*Selbstverständnis*)». El derecho a la muerte autodeterminada, «como expresión de libertad personal, no queda limitado a situaciones sometidas a definición ajena (*fremddefinierte Situationen*)» y por ello no puede quedar «restringido a enfermedades graves o incurables o a determinadas fases de la vida o la enfermedad». Arraigada en la dignidad humana, la decisión de matarse es una «decisión de responsabilidad propia que no exige más motivación o justificación jurídica [...] Lo decisivo es la voluntad del titular del derecho fundamental, que se sustrae a una evaluación mediante representaciones valorativas generales, mandamientos religiosos, ideas sociales relativas a la vida y la muerte o reflexiones de racionalidad objetiva [...]» (§ 210). Y el derecho a matarse basado en el art. 2.1 GG en relación con el art. 1.1 GG «comprende también la libertad de buscar la ayuda de terceros y a valerse de tal ayuda si es ofrecida» (§ 212).

José Luis Martínez López-Muñoz, «El deber de proteger la vida, y especialmente de los más debilitados, frente a un inexistente derecho a quitarse la vida por sí o por otros», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 122, 2021, pp. 56-61, esp. pp. 56 y ss., critica vigorosamente esta sentencia alemana por tergiversar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Tiene razón —creo— cuando, por ejemplo, reprocha al Tribunal alemán que en el § 304 de su sentencia haga decir a los §§ 64 y 65 de la STEDH *Pretty* lo que ciertamente no dicen; pero, a mi modesto entender, la sentencia constitucional alemana hace uso más bien del «margen de apreciación» que el TEDH reconoce a los Estados para equilibrar deber estatal de protección de la vida y el derecho de autodeterminación sobre la propia muerte (§ 305). Por lo demás, la mayor o menor manipulación *ad hoc* de las citas jurisprudenciales propias y ajenas suele ser achaque común o pecado habitual en altos y bajos tribunales, como sabe cualquiera que haya tenido que sufrirla. Pero es justo reconocer, otra vez, que «*tous, ici, nous avons plus ou moins péché*».

También valora muy críticamente esta sentencia alemana Angel José Gómez Montoro, «El derecho a la vida: viejos y nuevos debates», en *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, Manuel Aragón Reyes, Diego Valadés y José Tudela Aranda (coords.), Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza 2023, pp. 684-685.

²⁴ Véase especialmente su apartado, II. 28. El *acórdão* 123/2021, dictado en un proceso de fiscalización preventiva de la constitucionalidad promovido por el Presidente de la República, declaró inconstitucionales varios artículos del decreto 109/XIV de la Asamblea de la República «que regula las condiciones especiales en que la anticipación de la muerte médicamente asistida no es punible y modifica el Código Penal», pero no por violar el art. 24.1 de la Constitución portuguesa (inviolabilidad de la vida humana), sino por infringir «el principio de determinabilidad de las leyes, en cuanto corolario del principio del Estado democrático de derecho y de la reserva de ley parlamentaria». El posterior *acórdão* 5/2023, de 30 de enero de 2023, de nuevo en un proceso de fiscalización preventiva impulsado por el Presidente de la República, vuelve a invalidar por la misma razón el decreto 23/XV de la Asamblea de la República, con similar objeto al decreto 109/XIV. Por fin, la Ley portuguesa 22/2023, de 25 de mayo, regula «las condiciones en que no es punible la muerte médicamente asistida y modifica el Código Penal» (Diario de la República de 25 de mayo de 2023, núm. 101).

una persona el deseo de poner fin a su vida con ayuda médica cuando concurre el «contexto eutanásico» definido en el art. 5.1.d) LORE en relación con el art. 3, letras b) y c), LORE, y forzarle a buscar alivio en los cuidados paliativos o en procedimientos de eutanasia pasiva o de eutanasia activa indirecta supone una suerte de trato degradante para el paciente, puesto que se le impone un camino médico que no quiere seguir y que está en conflicto con la idea que el individuo tiene sobre su propia vida, sobre el valor que la concede y sobre el final que debe tener, imponiendo así un límite al deber estatal de protección de la vida²⁵. La autodeterminación sobre la propia vida supone asumir libremente la responsabilidad por las decisiones que la van conformando, incluida la de ponerle fin. Impedir que esta decisión última sea libremente autodeterminada por el individuo equivale a negarle la responsabilidad sobre la conducción de la propia vida según su peculiar escala de valores, y muy especialmente sustraerle la decisión responsable sobre la promoción del propio bienestar y la evitación del sufrimiento propio. Pero aquel impedimento y esa negación sólo pueden justificarse sobre la base de un fundamento inmediata o mediatamente teológico («*Sólo Dios es Señor de la vida y la muerte: Él te la dio, Él te la quita*»), que no puede ser impuesto en una sociedad pluralista y secular²⁶. Para la visión tradicional religiosa, la vida humana exhibe un valor intrínseco e incondicional, que impone límites absolutos a la autonomía o libertad de determinación humana sobre ella: es la concepción de los recurrentes (antecedente 1.A.a y 1.C.a y FJ 6.A.a). Para la visión de la mayoría del Tribunal (FJ 6.C.b), la autonomía (integridad moral, dignidad, libre desarrollo de la personalidad) goza, en ciertos supuestos, de valor preferente respecto a la vida humana, entendida más como categoría meramente biológica que biográfica.

Naturalmente, la «integridad moral» así entendida depende de que se acepte la construcción doctrinal ética que presupone (no explicitada en la sentencia), que es la

²⁵ Parece que esta idea es lo que, un tanto imprecisamente, refleja lo que puede considerarse la médula teórica de la STC 19/2023, el FJ 6, C y D. Por este mismo rumbo argumental iba también la sentencia de la Corte Constitucional colombiana de 20 de mayo de 1997, C-239/97, II.C.3, que sólo reconocía a los enfermos terminales el derecho fundamental a morir dignamente. La posterior sentencia C-233/21, de 22 de julio de 2021, lo extendió a los enfermos con padecimientos o lesiones graves e incurables con intensos sufrimientos con parecida fundamentación (cfr. su § 438). Ver también la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-164/22, de 11 de mayo de 2022, VII. Decisión, pronunciamiento primero y § 206. Sobre la jurisprudencia constitucional colombiana en esta materia, Carmen Tomás-Valiente Lanuza, «La evolución del derecho al suicidio asistido y la eutanasia en la jurisprudencia constitucional colombiana: otra muestra de una discutible utilización de la dignidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 116, 2019, pp. 301-328 (en particular, sobre la sentencia de 20 de mayo de 1997, pp. 305-311).

²⁶ José Luis Martínez López-Muñiz, *El deber...*, cit., p. 74, escribe: «Somos vida y personas sin intervención alguna inicial de nuestra voluntad, de nuestra libertad, y no tenemos tampoco libertad para dejar de serlo por decisión propia. Es verdad que de hecho “podemos” hacerlo en el orden puramente fáctico, pero algo especialmente trascendental rompemos con ello al rechazar abruptamente lo que somos y cómo hemos sido o estamos siendo conformados». Si con la contraposición entre «orden puramente fáctico» y «libertad» (de poner fin a la propia vida) se quiere sugerir que no hay «libertad» más que cuando el ordenamiento la reconoce, configura y protege, la polaridad *fáctico-jurídico* desaparece en cuanto exista una ley o algún acto estatal (sentencia de un tribunal constitucional o supremo, por ejemplo) que reconozca aquella libertad. Por otro lado, del *hecho* de haber venido al mundo sin nuestro consentimiento no se sigue que carezcamos del *derecho* de abandonarlo según nuestra voluntaria decisión.

que fundamenta su concepción (tampoco muy desarrollada) de la dignidad humana, de la personalidad y de lo que significa el «libre desarrollo» de esta última. La STC 19/2023 es éticamente tan militante como la LORE cuya constitucionalidad acepta, pues —es obvio— existen otras doctrinas éticas que llevarían a interpretar «dignidad de la persona» y «libre desarrollo de la personalidad» muy de otro modo que aquel por el que opta la mayoría del Tribunal. Hubiera sido de desear que la STC 19/2023 se hubiera explayado algo más en desarrollar, fundamentar y precisar su concepción de la «dignidad de la persona», de la «personalidad» y de lo que significa el «libre desarrollo» de esta última. Permítaseme, por ello, una breve digresión sobre esta «dignidad de la persona» secularizada²⁷. Javier Jiménez Campo, con su lucidez y elegancia conceptual habituales²⁸, ha distinguido entre «usos enfáticos» y «usos resolutorios» del *topos* de la «dignidad de la persona» (distinción tan lícita en teoría como casi imposible de desenredar en la práctica); pero sobre todo nos ha alertado contra sus concepciones materiales o sustancialistas, por lo general tautológicas o circulares («la dignidad exige un trato acorde con la dignidad»)²⁹. Desprendida de su matriz teológica³⁰ (también la

²⁷ En España la «dignidad de la persona» fue introducida con cuño nacional-católico: la Constitución de 1931 no la mencionaba, pero sí lo hacían los arts. 1 y 25 del Fuero de los Españoles (1945) y el preámbulo y la declaración I.2 del Fuero del Trabajo (1938), que en la fraseología de la dignidad de la persona se anticiparon a la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948) y a la *Grundgesetz* (23 de mayo de 1949). Lo destaca Michael Rosen, *Dignity*, Harvard University Press, Cambridge Mass./Londres 2012, I.VI, subrayando que, antes de 1948, los únicos textos constitucionales o fundamentales en que se invocaba la dignidad de la persona eran los del Portugal de Oliveira Salazar y los de la España de Franco, «ambos países católicos y ninguno de ellos exactamente paraísos de igualdad social y respeto por los derechos humanos».

²⁸ Javier Jiménez Campo, «Comentario al art. 10.1 CE», cit., pp. 217-223.

²⁹ «Si se preguntara en qué se basa esa supuesta dignidad del hombre, la respuesta inmediata sería que en su moralidad. Así que la moralidad se basa en la dignidad y la dignidad en la moralidad. Pero al margen de eso, me parece que a un ser de voluntad tan pecadora, de espíritu tan limitado y de cuerpo tan vulnerable y débil como el hombre, el concepto de dignidad no se le puede aplicar más que en sentido irónico: *Quid superbit homo? Cuius conceptio culpa, / nasci poena, labor vita, necesse mori*» (Arthur Schopenhauer, *Parerga y Paralipómena*, t. II, § 8, Ed. Trotta, Madrid 2009, p. 222, trad. Pilar López de Santa María).

³⁰ «Si la relación con Dios no es ya la relación fundacional para toda la vida humana, la dignidad humana se convierte en algo que confieren o niegan otros seres finitos [...] Ya no se admite ni reconoce como algo que está ahí en virtud del hecho de que cada vida humana en cada etapa de su desarrollo está creada a imagen de Dios, sino que, en cambio, se convierte en algo que está activamente constituido en relaciones sociales interhumanas. Y si se constituye de este modo, puede ser negada y destruida de este mismo modo» (Christoph Schwöbel, «Recovering human dignity», en R. Kendall Soulen & Linda Woodhead (dir.), *God and human dignity*, W. B. Eerdmans Publishing, Grand Rapids & Cambridge 2006, p. 53). «El valor de la persona, su libertad, sus derechos hacen referencia al orden de las cosas naturalmente sagradas, de las cosas que llevan la huella del Padre, de los seres que tienen en Él el fin de su movimiento. La persona tiene una dignidad absoluta, porque está en relación directa con el único que puede garantizar su realización plena [...] La conciencia de la dignidad de la persona y de los derechos de la persona permanece implícita en la antigüedad pagana, sobre la que la ley de la esclavitud extendía su sombra. El mensaje evangélico ha despertado de repente esta conciencia, bajo una forma divina y trascendente, revelando a los hombres que han sido llamados a ser hijos y herederos de Dios en el reino de Dios» (Jacques Maritain, *Los derechos del hombre y la ley natural. Cristianismo y democracia*, Ediciones Palabra, Madrid 2001, pp. 15 y 60).

Würde kantiana la postula³¹), la «dignidad de la persona» —si se entiende de manera sustancialista— se ha banalizado y degradado. Se ha convertido en invocación gastada y abusiva con la que se exige respeto (y, frecuentemente, subvención) en beneficio de cualquier grupo o grupúsculo que se siente discriminado u ofendido. A veces muta en recurso retórico con el que encubrir creencias morales tradicionales limitativas de la libertad o, a la inversa, sirve para simular elevación moral en beneficio de cualquier moda cultural reivindicativa por absurda que sea³². «Quien se atreve a definir la dignidad del otro define también su indignidad»³³: fijado así *lo digno* se tornan *indignas* todas aquellas conductas que se aparten de los criterios de respeto fijados arbitrariamente por los defensores de la dignidad, lo que permite calificar de enemigos de la dignidad humana a quienes osen alguna crítica³⁴. La acusación de especismo contra quienes pretenden reservar la «dignidad» a una sola especie de primates y la correlativa promoción de la dignidad de los animales³⁵ (principal, pero no solamente, los grandes

³¹ Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Práctica*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid 1975, libro segundo, capítulo segundo, V y VIII, pp. 174 y ss. y 197 y ss. Bien observó Schopenhauer (*Los dos problemas fundamentales de la ética*, Ed. Siglo XXI, Madrid 1993, p. 195, trad. Pilar López de Santa María) que la ética kantiana «es sólo una inversión de la moral teológica y un disfraz de la misma en fórmulas muy abstractas y aparentemente halladas *a priori*».

³² Hay cansancio de la omnipresente invocación retórica a la dignidad. El tan citado editorial de Ruth Macklin, «Dignity is a useless concept. It means no more than respect for persons or their autonomy» (La dignidad es un concepto inútil. No significa más que respeto por las personas o por su autonomía), *BMJ* 327, 2003, pp. 1419-1420, es un brevísimo trabajo —dos páginas— sin pretensión ninguna que expresa el hartazgo por el abuso de la dignidad. Más o menos, lo mismo cabe decir del breve artículo de Steven Pinker, *The stupidity of dignity* (La estupidez de la dignidad), *The New Republic*, 28 mayo 2008, en el que critica el informe del Consejo de Bioética del Presidente titulado *Human Dignity and Bioethics*. La tesis de fondo de no se aleja demasiado del lema del trabajo de Macklin. Pero remata, con mucha razón, afirmando que «los profetas anuncian distopías que nunca se materializan, pero son incapaces de anticipar las revoluciones reales».

³³ Javier Jiménez Campo, «Comentario al art. 10.1 CE», cit., pp. 217-218.

³⁴ La «agresividad potencial inmanente a cualquier fijación de valores» fue ya denunciada por Carl Schmitt. «[L]os valores siempre valen *para* alguien. Aparece ahora el reverso fatal: también valen *contra* alguien [...] El sinvalor no tiene ningún derecho frente al valor y para imponer el valor supremo no hay precio demasiado excesivo [...] El valor mayor tiene el derecho y hasta el deber de someter al valor inferior, y el valor como tal tiene toda la razón para aniquilar al sinvalor como tal. Esta es precisamente la tiranía de los valores, que entra poco a poco en nuestra conciencia [...] [T]oda la teoría de los valores no hace más que atizar e intensificar la lucha antigua y eterna de convicciones e intereses» (Carl Schmitt, «La tiranía de los valores», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 115, 1961, pp. 65-82, esp. pp. 72-76).

³⁵ Escribe acertadamente Fernando Rey Martínez, «Eutanasia y derechos fundamentales», *Revista Direito e Justiça-Reflexões sociojurídicas*, año IX, núm. 13, 2009, p. 25, que «el argumento de la dignidad humana juega aquí (como en muchos otros casos) como opera la reina en el juego del ajedrez, que tiene la misma fuerza en todas las direcciones. En efecto, la dignidad es invocada tanto para defender la eutanasia (pues incluiría el derecho a elegir el momento, lugar y modo de la propia muerte) como para rechazarla por completo (ya que elimina al sujeto titular de esa dignidad). El concepto de dignidad es lábil, comporta riesgos (el mayor es de imponer una determinada ideología con un respetable disfraz jurídico) y es demasiado radical (su empleo en cualquier disputa jurídica conduce a cerrarla de inmediato a favor de una de las partes y en detrimento de las demás)». Este artículo de Fernando Rey Martínez es un resumen de su libro *Eutanasia y derechos fundamentales*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, del que lamentablemente no he podido disponer.

monos³⁶) representan sin duda la etapa final de este concepto —inútil y ambiguo y, por ambiguo, indefinible— que ha acabado por significar nada más que respeto por la autonomía o autodeterminación de la voluntad de cualquier ser humano, sin sujetarla (y así lo precisa la sentencia de 26 de febrero de 2020 de la Sala II del Tribunal Constitucional Federal alemán) a «evaluación mediante representaciones valorativas generales, mandamientos religiosos, ideas sociales relativas a la vida y la muerte o reflexiones de racionalidad objetiva». Lo que quiere decir que la dignidad reducida a autonomía o autodeterminación por nudo arbitrio (y convertida así en reduplicación inútil del «libre desarrollo de la personalidad») protege por igual *cualquier* contenido de la voluntad autodeterminada que respete la autonomía de los demás conciudadanos, merezca el calificativo que merezca con arreglo a la crítica racional y moral mejor fundada³⁷. Entiende el Comité de Bioética de España que «[h]ay que avanzar hacia la calidad moral de la autonomía»³⁸, pero olvida explicar quién debe impulsar el avance y determinar qué es y no es «calidad moral» en este contexto y, desde luego, ese impulso de la «autonomía de calidad» (moral) no casa bien con su definición en la STC 19/2023 o en la sentencia alemana de 2020. En definitiva, la autonomía personal es siempre

Por todos, Peter Singer, *Ética práctica*. Ed. Ariel, Barcelona 1988, cap. 2 («¿Igualdad para los animales?») y Peter Singer, *Liberación animal*, Ed. Penguin Random House, Barcelona 2018, cap. 6 («El especismo hoy»). La Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, declara en el ap. I de su preámbulo que «[e]l principal objetivo de esta ley no es tanto el garantizar el bienestar de los animales evaluando las condiciones que se les ofrecen, sino el regular el reconocimiento y la protección de la dignidad de los animales por parte de la sociedad» y en su ap. III se refiere a «condiciones de traslado dignas» y a «condiciones de uso acordes a su dignidad como seres sensibles». Su art. 24 impone como obligación general de los «tutores o responsables» de los animales el «[m]antenerlos en unas condiciones de vida dignas, que garanticen su bienestar, derechos y desarrollo saludable» (cursivas mías). A un pelo del «libre desarrollo de la personalidad» de los animales (que la tienen algunos).

³⁶ Paola Cavalieri y Peter Singer, *El proyecto «Gran Simio»*, Ed. Trotta, Madrid 1998.

³⁷ Según esto, el poder público debe ser neutral y no-perfeccionista respecto al contenido de la voluntad autodeterminada de los ciudadanos (principio de neutralidad, *neutrality principle*), con tal de que respete la autonomía de los demás (principio del daño, *harm principle*, o mejor principio *neminem laedere*). Para su fundamentación, es corriente citar a John Rawls, *Teoría de la Justicia*, § 33, Ediciones FCE España, Madrid 1979, pp. 238 y ss. Entre nosotros, Ángel José Gómez Montoro, «¿De qué hablamos cuando hablamos de dignidad?», en *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a Juan José Solozabal Echavarria*, Manuel Aragón Reyes, Javier Jiménez Campo, César Aguado Renedo, Antonio López Castillo y José Luis García Guerrero (dirs.), Fundación Manuel Giménez Abad-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2019, pp. 552-557, denuncia y critica la reducción de la dignidad a la autonomía, batalla perdida contra el *Zeitgeist* imperante en lo que suele llamarse «Occidente». Pero «Occidente» tiene cada vez menos importancia demográfica, cultural y moral en el planeta. Para comprobarlo, léase, por ejemplo, la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam (Conferencia Islámica de El Cairo, 1990), cuyo art. 1.a dice así: «La humanidad entera forma una sola familia unida por su adoración a Alá y su descendencia común de Adán. Todos los seres humanos son iguales en el principio de la dignidad humana, así como en el de las obligaciones [para con Alá] y las responsabilidades sin distinción de raza, color, lengua, sexo, creencia religiosa, filiación política, nivel social o cualquier otra consideración. Sólo la verdadera religión garantiza el desarrollo de esa dignidad por medio de la integridad humana». Respecto al libre desarrollo de la personalidad, el art. 17.a de la Declaración Islámica establece: «Toda persona tiene derecho a vivir en un ambiente limpio de corrupción y vicios morales, que le permita desarrollar su personalidad moralmente. La sociedad y el estado garantizarán ese derecho».

³⁸ Inf. CBE eutanasia, p. 7.

digna porque es siempre autónoma, y no hay nada más allá de este círculo³⁹. Naturalmente, todo ello no quita lo muy conveniente de que los tribunales constitucionales se esfuercen por ser más claros y precisos en aclarar las fuentes ideológicas en las que se inspiran para el tratamiento de la «dignidad de la persona» como concepto constitucional. La «dignidad de la persona» no es un estado de cosas verificable empíricamente de manera controlable intersubjetivamente. Es, de ser algo, una creencia compartida o mejor dicho, una fe con sus ortodoxos (los que pueden imponer su propia concepción de la «dignidad humana», por la fuerza si es necesario) y sus herejes (las minorías que no pueden). Una fe tan resistente a la verificación empírica y a los contraejemplos como la fe en la santidad intrínseca, inviolable y absoluta de la vida humana. Es legítimo que un colegio de magistrados constitucionales decida acudir a «parámetros alejados de los límites y condicionantes dados por la religión y la moral tradicionales» al interpretar la «dignidad de la persona»; pero en ese caso deberían explicar con detalle por qué sus «parámetros» son mejores que los rechazados, toda vez que se trata de un conflicto de creencias (o de fes) con diferente contenido y hasta con diferente objeto⁴⁰.

Aun con estas reservas, la contestación a la pregunta que figura al comienzo de este párrafo ha de ser, en mi modesta opinión, que la STC 19/2023 no crea ningún derecho fundamental nuevo, sino que, simplemente, da una interpretación nueva y más amplia —que nada tiene de arbitraria— al derecho fundamental a la integridad moral con la que ensancha su contenido constitucional protegido o su ámbito de protección, valiéndose para ello una interpretación *ad hoc* de las dos cláusulas del art. 10.1 CE⁴¹.

³⁹ El *Inf. CBE eutanasia*, p. 17, lo expresa muy bien: «La libertad de elección subjetiva es la condición necesaria y suficiente para fundar un valor y legitimar un derecho; todo lo que se elige es bueno, como expresión de autodeterminación, cualquiera que sea la opción [...] [E]l derecho está llamado a tomar un reconocimiento acrítico de las opciones y a garantizar las condiciones de libertad, es decir, la implementación efectiva de las opciones individuales, de una manera neutral, considerando cualquier opción equivalente a las otras posibles e independientemente de una evaluación crítica de los contenidos de la elección».

⁴⁰ «Si las grandes batallas sobre el aborto y la eutanasia son realmente acerca del valor intrínseco y cósmico de la vida humana, como yo afirmo que lo son, entonces esas batallas tienen una naturaleza al menos cuasi-religiosa» (Ronald Dworkin, *Life's Dominion*, Knopf Doubleday Publishing Group, Nueva York, 1998, p. 15).

⁴¹ El derecho a la muerte autodeterminada lo fundamenta el TEDH en el art. 8.1 del Convenio europeo (derecho a la vida privada); el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG en relación con el art. 1 GG) y el Tribunal Constitucional de Portugal en el art. 26 de la Constitución de aquel país inspirado en el art. 2.1 GG; la *Corte Costituzionale* italiana, en los arts. 2 (garantía de los derechos inviolables del hombre), 13 (libertad personal) y 32, segundo apartado (necesidad de ley para tratamientos sanitarios obligatorios, con los límites impuestos por «el respeto a la persona humana»); y el Tribunal Constitucional austriaco, en el principio de igualdad. En la sentencia de este último de 11 de diciembre de 2020, consideración de fondo 5.3, declara: «Del principio de igualdad [...] deriva el derecho individual de libre autodeterminación con respecto a la configuración de la vida y a la decisión sobre una muerte humanamente digna y sobre el momento para ello. Con su elemental contenido de que todos los hombres son iguales ante la ley, presupone el principio de igualdad que cada hombre como ser individual es *per se* diferente y permite deducir de él la específica personalidad e individualidad del hombre».

En cambio, en los asuntos *Washington et al. v. Glucksberg et al.*, 521 U. S. 702 (1997) y *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997), la Corte Suprema de los EEUU decidió el 26 de junio de 1997 que el suicidio asistido no estaba amparado, respectivamente, por las cláusulas *Due Process of Law* y *Equal Protection* de la XIV

Algo, a mi modo de ver, perfectamente legítimo que no supone exceso jurisdiccional alguno⁴². Lo que no quita para señalar la discutible afirmación de la sentencia, según la cual «no aprecia diferencia valorativa» entre la autodeterminación informada del paciente a la hora de consentir o rechazar tratamientos médicos («salvadores», de «soporte vital» o de «cuidados paliativos terminales») y la autodeterminación para matarse con ayuda médica o para conseguir que un médico mate al paciente. Habrá quien vea aquí un salto argumentativo difícilmente aceptable⁴³.

Enmienda. En *Cruzan v. Director Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990), la Corte Suprema había sostenido que la cláusula *Due Process of Law* facultaba a las personas capaces para rechazar tratamientos de soporte vital; pero en el caso de incapaces exigió una prueba convincente de que la retirada de esos tratamientos solicitados por la familia habría coincidido con la voluntad del paciente. Exposición completa sobre los casos *Glucksberg* y *Quill* en Neil M. Gorsuch, *The future of assisted suicide and euthanasia*, Princeton University Press, Princeton & Oxford, 2006, pp. 8-18, y, entre nosotros, José Luis Martínez López-Muñiz, *El deber...*, cit., pp. 65-70. La doctrina sentada en el asunto *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006), tiene menos importancia para nuestro propósito (sobre ella ver Neil M. Gorsuch, *The future*, cit., pp. 219-220, y José Luis Martínez López-Muñiz, *El deber...*, cit., pp. 69-70). Gorsuch es hoy *Associate Justice* en la Corte Suprema de los EEUU.

Por el contrario, la Corte Suprema de Canadá en la sentencia *Carter v Canada (AG)*, 2015 SCC 5, declaró que la prohibición de suicidio contenida en el Código Penal, § 241 (b), por excesiva amplitud (*overbroad*), violaba la § 7 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), según la cual «[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice» (todos tienen derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona y el derecho a no ser privado de él salvo de acuerdo con los principios de justicia fundamental). Entre los principios de justicia fundamental se cuentan las prohibiciones de arbitrariedad, amplitud excesiva (*overbreadth*) y flagrante desproporcionalidad (*gross disproportionality*). Nótese la cercanía entre la § 7 de la Carta canadiense y la cláusula *Due Process of Law* estadounidense.

⁴² Creo que la STC 44/2023, de 9 de mayo, sobre determinados arts. de la LO 2/2010 (salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo), lo expresa más acertadamente en su FJ 3.B.b: «Con fundamento en todo lo expuesto, consideramos que la interrupción voluntaria del embarazo, como manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida, *forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral* (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10. 1 CE)» [cursivas mías].

⁴³ El FJ 4.a y FJ 6.C.b.vi. Esta argumentación de la inexistencia de «diferencia valorativa» recuerda la utilizada por la *Corte Costituzionale* italiana en su ordenanza 207/2018 y luego en su sentencia 242/2019, de 25 de septiembre de 2019, *considerato in diritto*, 2.3. En esta misma línea, Jonathan Glover, *Causing death and saving lives*, Penguin Books, Londres 1977, capítulo 7 («Not striving to keep alive»), James Rachels, «Active and passive euthanasia», en Helga Kuhse, Udo Schüklenk y Peter Singer, *Bioethics. An Anthology*, 3rd edition, Wiley Blackwell, Chichester, 2016, pp. 682-692, y Franklin G. Miller, Robert D. Truog y Dan W. Brock, «Moral fictions and medical ethics», en *Bioethics*, cit., pp. 717-740.

La «diferencia valorativa» que no aprecia el Tribunal (y, como se ve, no es el único en no apreciarla) sí la advierten otros y entre ellos el Comité de Bioética de España, *Inf. CBE eutanasia*, p. 14. Sobre los posibles criterios para diferenciar entre el derecho a rechazar el tratamiento de soporte vital (*right to refuse life-sustaining medical care*) y la eutanasia/suicidio asistido, Neil M. Gorsuch, *The future*, cit., pp. 48-75, y Daniel Callahan, «When self-determination runs amok» (Cuando la autodeterminación enloquece) [1996], en *Bioethics*, cit., pp. 1962-1963 (no distinguir entre matar y dejar morir procede de una confusión entre causalidad y culpabilidad). En una línea semejante entre nosotros, Angel José Gómez Montoro, *El derecho a la vida*, cit., p. 683, y Fernando Rey Martínez, *Eutanasia*, cit., p. 23.

Pero, dicho esto, la *cuestión eutanásica* no queda clausurada *in aeternum*, como parecen concluir los votos particulares del Sr. Arnaldo y la Sra. Espejel. Las futuras mayorías parlamentarias o las que, con el tiempo, puedan formarse en el Tribunal Constitucional tienen perfecto derecho a sostener su propia concepción de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad moral, de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad. El futuro legislador orgánico podrá ponderar de otra manera los derechos a la vida y a la integridad personal según sus propias concepciones de la dignidad humana y de los límites al libre desarrollo de la personalidad. Y las futuras mayorías en los Plenos del Tribunal Constitucional tal vez se crean en el deber de trazar otra línea de deslinde entre los contenidos constitucionalmente protegidos del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal mediante otro juicio de ponderación, que puede estar en las antípodas doctrinales de la STC 19/2023 o de la STC 44/2023, de cuya doctrina les será lícito apartarse razonadamente (cfr. art. 13 LOTC); tan lícito, al menos, como lo ha sido que la mayoría autora de nuestra sentencia haya impuesto sus ideas sobre estos puntos que le han llevado a desestimar íntegramente el recurso de inconstitucionalidad contra la LORE. Están en la mente de todos ejemplos recientes en los Estados Unidos⁴⁴. Las ramas del «árbol vivo» constitucional pueden seguirse doblando según la dirección del viento político y social que sople.

II. Un derecho prestacional

La STC 19/2023, en efecto, califica repetidamente de «derecho público subjetivo y de prestación» y «derecho de naturaleza prestacional»⁴⁵ al «derecho individual» reconocido por la LORE⁴⁶. Y en efecto, la «prestación» (la muerte causada por el médico responsable y otros profesionales sanitarios del «equipo asistencial» o la prescripción o suministro de la sustancia que el propio paciente se «autoadministra»⁴⁷, arts. 3.g y 11 LORE), supone el acto final ejecutivo de un procedimiento mediante el que se encauza el ejercicio que un paciente lleva a cabo de su derecho fundamental a la integridad para poner fin a su vida. Esta prestación «estará incluida en la cartera común de servicios

⁴⁴ Sentencias en los asuntos *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, núm. 19-1392, de 24 de junio de 2022, 597 US (2022), o *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, núm. 20-1199, de 29 de junio de 2023, 600 US (2023). «Cuando se abandona una interpretación estricta de la Constitución con arreglo a las reglas fijas de la interpretación de las leyes y se autoriza que las opiniones teoréticas de los individuos controlen su significado, ya no hay Constitución; estamos regidos por individuos que, por el momento, tienen el poder de declarar lo que es constitucional con arreglo a sus propias opiniones de lo que la Constitución debe significar» (opinión disidente del *Justice* Curtis en el caso *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393, 621 [1857], citada en la opinión disidente del *Justice* Scalia en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Robert P. Casey et al.*, 505 U.S. 984 [1992]).

⁴⁵ FFJJ 5.A.b., 6.B.a/b, 6.C.c.i, 6.D.d.

⁴⁶ Preámbulo, I, párr. final.

⁴⁷ Para el *modus procedendi* en ambos casos, ver *Manual de buenas prácticas en eutanasia*, aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el 7 de julio de 2021, pp. 30-35 y 38-43, disponible en <https://www.sanidad.gob.es/eutanasia/profesionales/home.htm>.

del Sistema Nacional de Salud (SNS) y será de financiación pública» (art. 13.1 LORE) y, en consecuencia, los servicios públicos de salud deben garantizarla (art. 13.2 LORE). Es, por ello, no sólo un acto lícito (ajustado a derecho), sino una prestación con la que se da cumplimiento a una decisión del paciente que, tras la STC 19/2023, ha quedado configurada como acto de ejercicio del derecho fundamental a la integridad (art. 15 CE). Ahora bien, si el legislador ha configurado la eutanasia como una prestación del SNS es porque la considera benéfica. El suicidio médicamente asistido o el homicidio médico en «contexto eutanásico» es indudablemente un beneficio que el legislador otorga al súbdito, algo que va implícito en la denominación «muerte digna»⁴⁸ o piadosa. Pero aquí cabe una doble acotación.

En primer lugar, la eutanasia es cuestión moralmente conflictiva y socialmente polémica. El Comité de Bioética de España le niega la calificación de «acto médico» y la considera simplemente un «acto sanitario» exclusivamente por razón del contexto en que obligadamente se ejecuta⁴⁹. Se observa aquí el mismo fenómeno que con otra prestación del mismo tipo, la de interrupción voluntaria del embarazo en su configuración actual⁵⁰, a saber: se trata de dos cuestiones moral y socialmente controvertidas, puesto que una porción seguramente minoritaria, pero significativa, de la población española —que nadie se ha preocupado de intentar cuantificar con métodos serios⁵¹—

⁴⁸ «Cuando una persona plenamente capaz y libre se enfrenta a una situación vital que a su juicio vulnera su dignidad, intimidad e integridad, como es la que define el contexto eutanásico antes descrito, el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado» (Preámbulo LORE, I, último párrafo).

⁴⁹ «Informe de la Comisión de Bioética de España de 21 de julio de 2021, sobre la objeción de conciencia en relación con la prestación de la ayuda para morir de la Ley Orgánica Reguladora de la Eutanasia», disponible en <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/>, p. 15 (en adelante *Inf. CBE objeción*): «El protagonista del acto eutanásico es el paciente, quien determina su propio diagnóstico (su vida no es digna o carece de sentido) y su propia “terapia” (poner fin a su vida), determinando así la voluntad del profesional médico, que se convierte en un actor pasivo, un intermediario burocrático y el suministrador del fármaco letal, siempre según la voluntad del paciente en el marco regulador de la Ley Orgánica 3/2021. [...] Pero fundamentalmente, dicha prestación no puede ser un acto médico porque no tiene como fin el beneficio de la salud del paciente (curar, aliviar o prevenir/preservar la salud), sino justamente lo contrario, su fin es acabar con la vida del paciente. Se podría argumentar que la misma pretende aliviar el sufrimiento del paciente, pero no es así. Provocar directamente la muerte del paciente no puede calificarse en ningún caso como terapia».

⁵⁰ Arts. 18 y 19 de la Ley Orgánica 2/2010.

⁵¹ El preámbulo de la LORE principia con estas palabras: «La presente Ley pretende dar una respuesta jurídica, sistemática, equilibrada y garantista, a una demanda sostenida de la sociedad actual como es la eutanasia». Añade luego que el debate sobre la eutanasia «se ha abierto paso en nuestro país y en los países de nuestro entorno durante las últimas décadas, no solo en los ámbitos académicos sino también en la sociedad, debate que se aviva periódicamente a raíz de casos personales que conmueven a la opinión pública».

La «demanda sostenida» ha sido, sobre todo, de los movimientos pro-eutanasia, generalmente apoyados por los medios de comunicación. Han existido, ciertamente, encuestas del CIS (véase un resumen en Gonzalo Arruego, «Las coordenadas de la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 122, pp. 89-92), que, a falta de un debate social serio, razonado, duradero y profundo entre posiciones opuestas, no dan demasiada base para la confianza. Sí es cierto que los grandes medios de comunicación (pro-eutanásicos de manera unánime) han dado gran relieve claramente a lamentables casos singulares (ver algunos en Fernando Rey Martínez, *Eutanasia*, cit., pp. 14-15), que es la mejor manera de provocar reacciones emocionales a favor de una causa, aunque el contagio emocional inducido

considera abominaciones morales. Sin embargo, tanto los ciudadanos que defienden la justificación moral de una y otra decisión de vida y muerte —como lo hace la mayoría autora de la STC 19/2023, toda vez que invoca la «dignidad de la persona»— como los que las consideran aberraciones contribuirán por igual a financiar ambas prestaciones con sus impuestos. Repárese que la cuestión no es comparable a la que plantean quienes están disconformes con el gasto en defensa o en cualquiera de los otros fines estatales relativos a la comunidad política como un todo. En el caso del aborto voluntario y la eutanasia, lo que se financian públicamente son decisiones particulares e individuales, que suponen un acto de ejercicio de un derecho fundamental, que, como sucede con otros derechos individuales fundamentales (publicar un libro, crear un periódico, constituir una asociación, desplazarse a una manifestación), debe quedar en principio a expensas de su titular.

Existe, en segundo término, un cierto hiato entre la *facies* libertaria (o autodeterminista) del derecho a la eutanasia y su *facies* prestacional, es decir, su configuración en la LORE como prestación de financiación pública en todo caso e incluida en la «cartera común de servicios» del SNS. La primera es la fundamental y necesaria y la segunda solamente accesoria y contingente, como reconoce explícitamente el FJ 6.C.d.iii⁵².

no sea en sí mismo una buena razón. Comparto la desconfianza de Ana María Marcos del Cano, «¿Es necesaria la regulación jurídica de la eutanasia en España?», *El Cronista* núm. 79, 2019, p. 17, respecto a las encuestas y, como ella, creo que, como expresión de la «demanda social» de eutanasia, es mucho más revelador el número de documentos de instrucciones previas o equivalentes registrados. En enero de 2023 constaban registrados 402.761 (<https://www.sanidad.gob.es/areas/profesionSanitarias/rnip/home.htm>). A 1 de abril de 2023 la población total de España ascendía a 48,2 millones de personas. Es verosímil que el número de otorgantes de documentos de instrucciones previas esté actualmente en torno al 1% de los mayores de edad, pasados ya los dos años de vigencia del mandato de promover ese tipo de documento contenido en el inciso final del párrafo primero de la disposición adicional 7.^a de la LORE. Parece, pues, que la «demanda sostenida de la sociedad actual» mencionada en las primeras líneas del preámbulo de la LORE es mera exageración interesada de la mayoría parlamentaria.

⁵² «Este derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos incluye también el derecho de la persona a recabar y usar la asistencia de terceros que sea necesaria para llevar a la práctica la decisión de manera compatible con su dignidad y con su integridad personal [...] *Sin que de ello se derive necesariamente un deber prestacional del Estado*, lo que este no puede hacer es eludir su responsabilidad en esta materia [...]» (cursivas mías).

En efecto, hay maneras de organizar la ayuda de terceros a la muerte eutanásica que hubieran podido evitar los inconvenientes morales de la financiación pública antes señalados (quienes abominan de la eutanasia activa directa contribuyen a su financiación). Una de ellas, por ejemplo, es que las asociaciones pro-eutanasia organizaran sus propios centros médicos para prestar las dos «modalidades» del art. 3.g) LORE (eutanasia activa directa *sensu stricto* y asistencia médica al suicidio), financiados con aportaciones de sus asociados y de terceros simpatizantes. Neil M. Gorsuch, *The future* cit, p. 266 (nota a pie de página 221 del cap. 7, titulado «*Legalization and the law of unintended consequences*» = «Legalización y la ley de las consecuencias indeseadas»), escribe: «Entre las consecuencias indeseadas de la legalización [del suicidio asistido y la eutanasia] estaría también sin duda la de que se dejaría al grupo de personas que se mantuvieran opuestas moral y religiosamente al suicidio asistido y a la eutanasia en una posición parecida a la que se encontraban los abolicionistas mismos en la América *ante bellum* [antes de la Guerra de Secesión] o en la que se encuentran hoy los oponentes contemporáneos al aborto o a la pena capital —en la congoja por participar, aun pasivamente, en un régimen que facilita lo que ellos creen que está mal. La división social y el malestar aso-

El derecho a la integridad moral se concentra, por decir así, en la faceta libertaria, es decir, en la protección de una decisión debidamente autodeterminada⁵³, que sería su contenido esencial. La vida de una persona es un *factum* biológico y existencial previo a cualquier derecho constitucional. El derecho a la vida que proclama el art. 15 CE se condensa en pura *protectio*, el «lado externo» del derecho subjetivo; es realmente un *ius ad vitam protegendam* frente al propio Estado en primer lugar (abolición de la pena de muerte) y, secundariamente, un derecho a que el Estado tutele o preserve en lo posible la continuidad vital frente a los ataques de terceros (e incluso, en determinados supuestos, del propio titular), principal —pero no exclusivamente— mediante normas jurídicas, penales o de otro tipo⁵⁴. El derecho a la integridad moral, en cuanto protege el derecho a autodeterminar la propia muerte, aparece así como un derecho individual a limitar la protección estatal de la vida.

En cambio, las cuestiones relativas a la faceta prestacional no siempre deberán considerarse con relieve constitucional y protegibles mediante el recurso de amparo constitucional (*v. gr.*, reclamación indemnizatoria de los herederos del *eutanasiado* por no haberse ajustado la «realización de la prestación» al estándar de «máximo cuidado y profesionalidad» que establece el art. 11.1 LORE). Y cuando se considere que alcanzan dimensión constitucional⁵⁵ vendrán a ser algo así como el «contenido adicional» del derecho fundamental añadido contingentemente por el legislador orgánico.

III. Autonomía y «contexto eutanásico», dos caminos llamados a divergir

Resulta innegable la tensión interna entre la autonomía/autodeterminación de quien ejerce su derecho a la eutanasia y el llamado «contexto eutanásico», es decir, los tipos de enfermedad o padecimiento que el art. 5.1.d) LORE exige como requisito necesario para prospere la solicitud de la prestación eutanásica. La LORE reconoce «el derecho de la persona a la autodeterminación respecto de su propia muerte en contextos eutanásicos, derecho que delimita externamente el ámbito de aplicación del derecho fundamental a la vida y que resulta amparado en la Constitución» (FJ 6.C.d). El «contexto eutanásico» opera, pues, como *restricción* del derecho de poner fin libremente a la propia vida, ya configurado como *derecho* de libertad y no mero *agere licere* o «mera libertad fáctica [...] en una suerte de ámbito libre de Derecho» (FJ 6.C.d.ii). La deci-

ciado a ese descontento es un «coste» más que debería figurar en cualquier cálculo utilitario que pretendiera abarcar comprensivamente el debate del suicidio asistido».

⁵³ *Debidamente* quiere decir: libre, voluntaria, consciente, informada, expresa, reiterada, inequívoca, reflexiva, estable, individual, madura, genuina y sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas (todos estos son adjetivos o giros empleados en la LORE).

⁵⁴ En similar sentido, *Inf. CBE eutanasia*, pp. 15 y 16.

⁵⁵ La STC 78/2023, de 3 de julio, relativa a un caso de interrupción voluntaria del embarazo en el que se formuló en vía administrativa y luego contencioso-administrativa una pretensión de responsabilidad patrimonial de una administración autonómica, parece sugerir que el actual Tribunal será propenso a abrir la mano.

sión autónoma de morir es por ello condición necesaria, pero —por ahora— no suficiente para recibir la ayuda eutanásica. Se requiere, además, el *contexto eutanásico*⁵⁶. Pero es el legislador orgánico quien decide sobre la mayor o menor amplitud del contexto eutanásico y si este debe limitarse o no a «situaciones trágicas de sufrimiento

⁵⁶ No obstante, conviene destacar que el «contexto eutanásico», que —tal como viene definido en el art. 5.1.d) LORE en relación con el art. 3.b) y c) LORE— contiene en sí un elemento de flexibilización, aludido por los recurrentes como «subjetivización» del sufrimiento (antecedente 1.C.b). Es esta una cuestión que el FJ 6.D.c.ii no examina a fondo y se quita de encima afirmando que el «padecimiento» del art. 3.b) LORE —como la «enfermedad» del art. 3.c) LORE— «ha de presentarse siempre como una dolencia o enfermedad somática en su origen, aunque los sufrimientos constantes e intolerables que la Ley Orgánica en este punto requiere *puedan ser de orden psíquico*». La subjetividad del sufrimiento no se puede discutir, por mucho que el FJ 6.C.b.iv cometa el desliz de escribir «las situaciones de sufrimiento extremo *objetivo* que la *persona considera intolerable*» (cursivas mías). Si la intolerabilidad del sufrimiento extremo la aprecia o considera el paciente, ¿cómo puede hablarse de «sufrimiento extremo *objetivo*»?

El sufrimiento, extremo o no, nunca puede ser «objetivo». En su definición del dolor de 1979, la *International Association for the Study of Pain* (IASP) comenzaba su nota explicativa con estas palabras: «*Pain is always subjective*» («El dolor es siempre subjetivo»). La definición actual de la IASP (2020) es como sigue: «*Pain: An unpleasant sensory and emotional experience associated with, or resembling that associated with, actual or potential tissue damage*» («experiencia sensorial y emocional desagradable asociada a un daño tisular real o potencial o parecida a ella»). La primera de las seis notas claves para explicar la definición de la IASP (2020) dice así: «El dolor es siempre una experiencia personal que es influida en varios grados por factores biológicos, psicológicos y sociales» (véase también *Inf. CBE eutanasia*, p. 54, e *Inf. CBE objeción*, p. 15). El sufrimiento es, por tanto, siempre privado, subjetivo y fuente de un conocimiento no corregible, porque nadie puede tener acceso epistémico a *mi* sufrimiento en el modo en que *yo* lo tengo, es decir, sintiéndolo y sabiendo cómo es al sentirlo. Y si nadie puede tener acceso a *mi* sufrimiento, sólo *yo* puedo tener autoridad epistémica sobre él, es decir, sólo *yo* soy infalible sobre mi sufrimiento y su insoportabilidad, y nadie goza autoridad epistémica para demostrarme que yerro sobre mi propio sufrimiento. Así, por ejemplo, en el supuesto del 3.b) LORE («padecimiento grave, crónico e imposibilitante»), el médico podrá emitir juicios objetivos basados en su ciencia sobre «las limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación» y sobre la «seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable», todos ellos conceptos un tanto vagos que admiten interpretaciones más laxas o más estrictas; pero no cabe juicio médico objetivo sobre si el «sufrimiento físico o psíquico» (la disyuntiva es importante) que causa el padecimiento es «constante e intolerable». Aquí deberá estar a lo que le diga el paciente, que es la autoridad epistémica irrefutable sobre su sufrimiento físico o (solamente) psíquico. Negar la autoridad epistémica del paciente sobre su sufrimiento («*Deje de quejarse. Médicamente es imposible que usted tenga un sufrimiento insoportable*») «choca con la idea misma de autonomía y libertad de las personas. Nadie más que el propio paciente sabe que algo le causa un sufrimiento de tal gravedad que se hace incompatible con su idea de dignidad» (sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 15 de diciembre de 2014, T-970/14, II. 7.2.2). El cálculo de desutilidad y utilidad del «contexto eutanásico» tiene así dos jueces: el médico por lo que se refiere al aspecto somático, y el paciente que pide la eutanasia por lo que toca al sufrimiento insoportable. Ahora bien, con el sufrimiento «constante» e «intolerable» o «insostenible», quizá solo psíquico y sólo medible por el propio paciente, unido a la laxitud redaccional de la «parte somática» descrita en el art. 3.b) LORE, puede suceder lo que ya ocurrió con la indicación terapéutica del aborto cuando la STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 10, aceptó que «el término “salud” se refiere a la salud física o psíquica, como se deduce con toda evidencia de los debates parlamentarios». En la aplicación de la LORE, podremos llegar a ver una progresiva relativización del «contexto eutanásico» en el particular del juicio sobre el sufrimiento. Y si esto es así, la probable evolución legislativa será a imagen y semejanza de la que partió de la introducción del art. 417 bis del Código Penal en 1985 y terminó en la Ley Orgánica 2/2010.

personal extremo provocadas por enfermedades graves incurables o profundamente incapacitantes» (FJ 6.C.d.ii). La imposición legislativa del contexto eutanásico supone relegar la autodeterminación del individuo a condición necesaria, pero no suficiente, de la decisión de morir. Es el legislador quien decide qué vidas merecen protección *aun contra la decisión autónoma del individuo* (aquellas en que no concurra el contexto eutanásico) y cuáles quedan *a disposición de la libre voluntad individual* (cuando exista ese contexto). Si no concurre el contexto eutanásico impuesto legislativamente, la autodeterminación sobre el fin de la propia vida, la valiosísima integridad moral, en realidad no vale nada y topa con un límite legal infranqueable.

Ocorre, sin embargo, que los dos elementos que la LORE y, tras ella, la STC 19/2023 asocian (autodeterminación y contexto eutanásico restrictivo de ella), por mucho que intenten mezclarse, obedecen a lógicas internas distintas⁵⁷. *El elemento autodeterminista o libertario* conduce al derecho a ser matado⁵⁸ o auxiliado en el propio suicidio (y, donde se haya establecido, al derecho a recibir la prestación pública eutanásica⁵⁹) en ausencia de todo tipo de sufrimiento leve o severo causado por unas u otras enfermedades o padecimientos, simplemente porque el individuo no quiere vivir más («vida agotada» o «cansancio vital»⁶⁰); mientras que *el contexto eutanásico* lleva en sí la idea de la «vida indigna de ser vivida», carga inasumible para el propio paciente y/o para la familia que lo cuida y/o para el sistema de salud que gasta en él sus recursos escasos, es decir, una lógica claramente utilitarista que conduce al exterminio de tales vidas «por su propio bien» y por el bien de los demás, especialmente de los más cercanos, como demuestran diáfananamente el debate y la práctica del infanticidio eutanásico. La estación de llegada del argumento autodeterminista será la absoluta libertad de eutanasia o derecho al propio homicidio consentido o suicidio asistido, sin necesidad de «contexto» ni exigencia de justificación: una decisión de ser ayudado médicamente a morir tan libre como la decisión de abortar en las primeras catorce semanas (art. 14 de la Ley Orgánica 2/2010)⁶¹. Y la culminación del argumento utilitarista subyacente en el *con-*

⁵⁷ Lo señala *Inf. CBE eutanasia*, pp. 26 y 27, que saca la conclusión de que la diferente lógica interna del principio autodeterminista y del utilitario son un obstáculo «para sostener una regulación estable de la eutanasia». Y lo destaca con gran claridad Ángel José Gómez Montoro, *El derecho a la vida*, cit., pp. 688-689.

⁵⁸ «No habría en puridad un derecho a la propia muerte, sino al propio homicidio» (Fernando Rey Martínez, *¿El derecho a la vida?*, cit., p. 28).

⁵⁹ El derecho a recibir la prestación pública eutanásica puede también describirse como derecho al homicidio o suicidio médicamente administrados con la garantía del sistema público de salud.

⁶⁰ Son los términos que emplea el excelente folleto oficial neerlandés *Código sobre la eutanasia 2022*, publicado por las Comisiones Regionales de Verificación de la Eutanasia, euthanasiacommissie.nl, julio 2022, p. 61, en el que se lee: «Desde hace años existe una amplia discusión social sobre la “vida agotada”. Dicha discusión incluye la pregunta de si también podría ser posible la eutanasia en esos casos. En la actualidad, eso no es posible». No obstante, por nota, indica: «Véase al respecto el informe de la Comisión Schnabel, *Voltooid leven. Over hulp bij zelfdoding aan mensen die hun leven voltooid achten* (Vida agotada. Sobre ayuda al suicidio para personas que consideran su vida agotada), La Haya, enero de 2016, así como la reacción del Gabinete y la visión sobre la vida agotada, carta al Congreso, 12 de octubre de 2016».

⁶¹ Una magnífica ilustración de adónde lleva la línea argumental autodeterminista o libertaria aplicada consecuentemente nos la ofrece el valiente voto concurrente de la Sta. Balaguer. Esta magistrada rechaza enérgicamente «el sesgo ético y moral que sostiene el planteamiento de parte y que también sustenta en buena medida los precedentes jurisprudenciales», porque «fundamenta los conceptos de vida, persona y

texto eutanásico se alcanzará con la eutanasia no voluntaria que pondrá fin a las *vidas indignas de ser vividas* o *vidas sin calidad de vida* de niños e incapaces de hecho (especialmente dementes seniles) en beneficio del supuesto «mejor interés» del *eutanasiado*⁶², pero sobre todo del atendible interés de los padres y familiares a los que correspondería lidiar con el incordio del niño defectuoso o del viejo demente y del no menos egregio interés del equilibrio financiero de los sistemas de salud y asistencia a los dependientes. Para la lógica del argumento utilitarista, no importa *quién* tome la decisión de matar, sino sólo que la decisión, *la tome quien la tome*, se justifique con arreglo al cálculo de utilidad. Ciertamente que en España, por el momento, sólo «las situaciones de sufrimiento extremo objetivo» que una persona mayor de edad «considera intolerable» (FJ 6.C.b.iv) justifican el reconocimiento de la prestación eutanásica. Con todo, el componente utilitarista del «contexto eutanásico» es patente: el legislador orgánico compara la desutilidad del sufrimiento extremo causado a un mayor de edad por una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante con la utilidad derivada de su cese por muerte (la paz del sueño eterno, término de una vida «indigna» martirizada por el sufrimiento; el alivio de los allegados; la terminación del gasto sanitario en una vida «indigna»); y el legislador orgánico decide que este fúnebre tipo de utilidad logra un bienestar superior para el propio enfermo (el sufrimiento desaparece), para los familiares que lo cuidaban (a los que se aligera la carga de los cuidados y del sufrimiento por su deudo) y para el propio sistema sanitario (cama libre, fin del consumo de recursos en el tratamiento de la enfermedad o padecimiento). Pero esta ponderación utilitaria puede variar el día de mañana, si, por ejemplo, el legislador español (¡o el Tribunal Constitucional en vía de amparo!) decidiera ampliar el beneficio eutanásico permitiendo, *v. gr.*, el infanticidio eutanásico y la eutanasia de menores, defendidos por algunos autores ya desde hace tiempo⁶³, practicados ya en

dignidad en la conexión de estos con realidades trascendentes y, por tanto, externas al propio ser humano» y, por ello, viene «marcada por una secularización interpretativa inacabada». La dignidad liberada de estos límites y condicionantes (los «dados por la religión y la moral tradicionales»), prosigue su razonamiento, lleva insita «la deconstrucción progresiva del biopoder» estatal, de manera que «el Estado debe dejar de tener un control sobre las decisiones vitales de las personas que afectan a la capacidad de autodeterminación sobre el propio cuerpo» y no «ser correa de transmisión de formas morales de control sobre las decisiones vitales del ser humano». De este planteamiento se deriva que «la protección de la vida, como valor y como derecho» no puede entenderse «sin el reconocimiento de la autonomía individual para tomar decisiones esenciales sobre el desarrollo de la propia vida, lo que incluye la voluntad consciente y libremente adoptada, con la información precisa, acerca del momento en que la muerte ponga fin al proyecto vital. *Y no solo en contextos eutanásicos, sino allí donde la autodeterminación de la voluntad se produzca y exprese en condiciones de pleno reconocimiento de la autonomía y libertad personales*» (cursivas mías).

⁶² En similar sentido, Ángel José Gómez Montoro, *El derecho a la vida*, cit., p. 682.

⁶³ Peter Singer, *Ética práctica*, cit., pp. 165-174. Conclusión de Singer: «matar a un infante [traducción literal de *infant* = niño muy pequeño, lactante] defectuoso no es moralmente equivalente a matar a una persona. Con mucha frecuencia no es siquiera una injusticia» (*op. cit.*, p. 174). Los nacidos con espina bífida, por ejemplo, «son vidas que no vale la pena vivir» (*op. cit.*, p. 168). Advierte Singer (*op. cit.*, p. 165) que «todo lo que digo sobre ellos [los niños pequeños] sería igualmente aplicable a niños mayores e incluso a adultos cuya edad mental siga siendo la de un infante». Una buena crítica de las doctrinas de Singer y de su falta de coherencia para aplicárselas a su propia madre, en Peter Berkowitz, *The Utilitarian Horrors of Peter Singer: Other People's Mothers*, *The New Republic*, 10 de enero de 2000.

«países de nuestro entorno» y en vías de ampliación en uno de ellos. O la eutanasia de quien no sufre, como los pacientes en coma profundo e irreversible, hoy por hoy no incluidos de la LORE⁶⁴. Bien podría ser que el camino utilitario se recorra rápidamente —primero en vía judicial ordinaria, luego en la de amparo constitucional y finalmente por ley general— a lomos de la prohibición de discriminar (art. 14 CE), tal como ha ocurrido en Colombia⁶⁵: si la liberación del sufrimiento mediante la muerte es un beneficio, exigencia de la «dignidad humana» y acto compasivo, además de estar amparado en el derecho fundamental a la integridad, ¿por qué restringirlo a los mayores de edad (art. 5.1.a) LORE); ¿por qué negarlo a los recién nacidos o lactantes con graves malformaciones y anomalías?; ¿por qué negarlo a los incapaces de hecho sin documento de instrucciones previas o equivalente, pero con enfermedad grave incurable o imposibilitante?; ¿por qué negarlo a niños y adolescentes en los supuestos del art. 3.b) y 3.c) LORE? De este modo, aunque movidos por una diversas lógicas (la libertaria en la autodeterminación, la utilitaria antidiscriminatoria en la definición del contexto eutanásico), los dos brazos de la tenaza eutanásica tenderán a converger para expandir y generalizar la ayuda médica a morir: la autodeterminación o autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, llevará al homicidio médico consentido *libre* o al *libre* suicidio médicamente asistido (donde *libre* significa «sin la restricción del contexto eutanásico»); y el *contexto eutanásico* se ampliará para acoger a cuantos no sean capaces de decidir autónomamente: incapaces de hecho, recién nacidos o lactantes, menores, personas que han perdido la conciencia, en coma profundo o en estado vegetativo permanente, introduciendo así la eutanasia no voluntaria de quienes carecen de capacidad para decidir⁶⁶.

⁶⁴ Mientras el «contexto eutanásico» siga regulado en los términos en que lo está en los arts. 3 y 5 LORE, un hipotético caso *Lambert* español (STEDH *Lambert et autres c. Francia*, de 5 de junio de 2015, esp. §§ 147-148) no podrá resolverse aplicando la LORE. Lo que no quiere decir que necesariamente sea ilícita la decisión de terminar con los cuidados de sostenimiento vital de pacientes en condiciones semejantes a las de M. Vincent Lambert.

⁶⁵ Ver las sentencias de la Corte Constitucional colombiana T-544/2017, de 25 de agosto de 2017 (adolescente con enfermedad terminal e incapaz de nacimiento) y T-727/17, de 12 de diciembre de 2017 (adolescente en estado vegetativo permanente). Comentario crítico en Carmen Tomás-Valiente Lanuza, *La evolución...*, cit., pp. 313-318. Por el contrario, Antonio Arroyo Gil, «El derecho a una muerte digna en el ordenamiento constitucional español», en *La Constitución de los españoles*, cit., p. 632, criticó a la Proposición de LORE por dejar «fuera a los menores emancipados y a los suficientemente maduros, sin que se alcance a entender bien por qué».

⁶⁶ Lo expresa muy bien Daniel Callahan, *When self-determination...*, cit., pp. 1962-1963: «Los dos motivos estándar para la eutanasia y el suicidio asistido se dice que son nuestro derecho de autodeterminación y nuestra reclamación de la piedad de otros, especialmente médicos, para que alivien nuestro sufrimiento. Típicamente estos dos motivos van ensamblados y se presentan como única justificación. Sin embargo, si se los considera independientemente —y no hay razón de peso por la que deban ir enlazados—, revelan serios problemas. Se dice que una persona capaz y adulta debe tener derecho a la eutanasia para aliviar el sufrimiento. Pero ¿por qué tiene que sufrir esa persona? ¿No compromete esa estipulación el principio de autodeterminación? ¿Cómo poner límites a la autodeterminación? Cualesquiera que sean los motivos ¿por qué no han de ser suficientes? Considérese seguidamente la persona que sufre, pero es incapaz, tal vez demente o retrasado mental. El argumento estándar denegaría la eutanasia a esa persona ¿Pero por qué? Si una persona está sufriendo pero es incapaz, parece groseramente injusto negarle el alivio por razón de su incapacidad [...] ¿Sufre menos el incapaz por su incapacidad? [...] Si creemos realmente en la autodeterminación, cualquier persona capaz debe tener el derecho a que un médico le mate por cualquier razón que le

IV. Reflexión final

La LORE —fiel eco de las vicencias morales dominantes en nuestro tiempo («la evolución cultural, moral y jurídica que se ha producido en las últimas décadas en nuestra sociedad y en las de nuestro entorno», STC 19/2003, FJ 4)— ha supuesto la *normalización* legal de la eutanasia que ha recibido un plus de legitimidad al ser bendecida sin restricciones por el supremo intérprete de la Constitución. Se ha otorgado así a la eutanasia una, digamos, *respectabilidad moral* que puede mutar fácilmente en una presión difusa sobre quienes, convertidos en una carga por razón de la edad y del «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» que causa sufrimiento «constante e intolerable» físico y/o psíquico, ya han vivido bastante y, abandonando su impulso egoísta a continuar con vida, deben tener la gentileza de pasar al no-ser por voluntad propia y «liberar recursos» en beneficio de otros⁶⁷. Pero la LORE es solo un comienzo. Por un lado, el «contexto eutanásico» se irá relajando impulsado por el cálculo utilitarista, en el que cada vez tendrá más peso «la vida indigna de ser vivida» del niño con malformaciones o del *incapaz de hecho* y el alivio de las cargas de padres, familia y sistemas de salud. Por el otro costado, se irá robusteciendo la libertad de suicidio o de muerte a petición, en ambos casos con asistencia médica garantizada. Con el tiempo y el *perfeccionamiento* de la LORE, tal vez se acabe extendiendo una expectativa difusa o, incluso, un imperativo social de que, llegada cierta edad y/o ciertos achaques, es casi de buena educación optar por el suicidio asistido o la muerte a petición, so pena de indignidad social del que egoístamente se aferre a la vida⁶⁸. Quién sabe si no acabaremos teniendo leyes que distingan entre verda-

venga en gana. Si creemos en el alivio del sufrimiento, parece entonces cruel y caprichoso negárselo al incapaz. En suma, no hay un punto de parada razonable o lógico una vez que hemos girado hacia el camino (*road*) de la eutanasia, que podría convertirse pronto en una autopista (*expressway*) amplia y cómoda».

⁶⁷ Esto lo escribió Ronald Dworkin, *Lifés*, cit., p. 190, en 1998: «Pero alguien que es enfermo terminal y cuyo cuidado es caro y oneroso, o cuya situación es angustiosa para parientes y amigos, bien puede sentirse culpable del dinero y de la atención que se le está dedicando. Una persona así es especialmente vulnerable a la presión: puede preferir que el médico ni siquiera le plantee la cuestión de si le gustaría considerar la muerte con asistencia médica; puede que prefiera la cuestión no se le plantee nunca o que ni siquiera tenga el derecho a pedir la muerte».

También Alfonso Ruiz Miguel, *Autonomía*, cit., p. 36, apuntó en 2010 este riesgo cuando mencionaba «el paradójico efecto de disminuir más que aumentar la autonomía de ciertos pacientes en situación de debilidad en la medida en que reconocer el derecho a morir podría invertir la carga de las expectativas sobre el tratamiento médico e introducir una nueva y difusa presión social en favor de peticiones de ayuda a morir que no se habrían producido con una legislación más restrictiva». Véase, también, Ángel José Gómez Montoro, *El derecho a la vida*, cit., pp. 686 y 687.

⁶⁸ Tal vez algún lector considere que el autor exagera o da rienda suelta a una vena algo sarcástica. Pero una de las cuestiones que suelen tratarse en libros y artículos sobre el suicidio es si existe un deber moral de suicidarse. Víctor Cosculluela, *The ethics of suicide*, Garlands, N. York & London, 1995, desde una perspectiva de utilitarismo del acto (*act-utilitarian*), sostiene que puede existir ese deber moral si la utilidad del suicidio (eliminación de cargas para terceros, ahorro de costes sociales) es mayor que la utilidad que representa la continuación en vida. John Hardwig *et al.*, «Is there a duty to die?», *Hastings. Center Report* 27, no. 2 (1997), pp. 34-42, defiende que es cuestión de justicia imparcial (*fairness*) que cuando una persona supone una carga excesiva para terceros (especialmente la familia) tiene el deber moral de liberarlos de ella suicidándose. Hardwig sostiene que el deber de morir es cada vez más fuerte conforme se envejece, puesto que el viejo, conforme cumple años, sacrifica menos vida. Cabría preguntarse entonces si un deber moral de morir, entendido estrictamente, no implica un correlativo derecho moral a matar al viejo reacio a cumplirlo (si uno

deras personas (con valor vital) e infrahumanos (sin valor vital), sólo que esta vez la línea no pasará entre blancos propietarios y negros esclavos o entre arios y judíos, sino entre *personas*, de un lado, y, del otro, existencias biológicamente humanas, pero *prepersonales* (niños deformes o con anomalías) o *postpersonales* (enfermos inconscientes y viejos dementes) con vidas que no son dignas (¡ay, la dignidad!) de ser vividas y no merecen protección⁶⁹. Habremos llegado así a la culminación de un proceso dialéctico perverso en el que una ley que se dijo basada en la defensa de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la integridad moral se convierte en un instrumento para la presión y la coacción social⁷⁰. En el último párrafo de su conmovedor «*Right to life of handicapped*», breve texto mediante el que se oponía a una proposición para introducir el infanticidio eutanásico, la socióloga y activista Alison Davis —ella misma nacida con espina bífida— escribió: «Una legislación del tipo propuesto llevaría a una despenalización del acto de matar a una persona discapacitada de cualquier edad, justamente como se hizo en la Alemania de Hitler. Y si se hace, ¡ay de las personas discapacitadas que estén demasiado enfermas para defender su derecho a la vida alegando que de hecho son felices! Y ¡ay de todos nosotros, cuando lleguemos a ser demasiado viejos para ser considerados “útiles” y todos los amigos que podrían haber hablado en nuestra defensa hayan sido ya tiernamente invitados a morir!»⁷¹ *.

puede garantizarse la impunidad), o si, por el contrario, el deber de morir ha de considerarse como obligación moral imperfecta que legitimaría a quienes soportan la carga para recordar al viejo enfermo o dependiente que sobra ya e incluso haría lícito presionarle psíquicamente para cumpla con su deber.

El *Inf CBE eutanasia*, p. 69, menciona también el «peligro» de que la legislación eutanásica «cree un hipotético deber sobre los enfermos terminales que les lleve a verse en la obligación moral frente a la familia y la propia sociedad de acabar cuanto antes con su situación».

⁶⁹ Por de pronto, la disposición adicional 7.^a LORE impone a las «administraciones sanitarias competentes» la predicación de la buena nueva eutanásica y el fomento del documento de instrucciones previas (o equivalente) y en la «oferta de formación continua específica» para profesionales sanitarios sobre la prestación letal incluye no ya los «aspectos técnicos» y «legales» (lo necesitan los médicos a los que se encomienda lo esencial de la instrucción de un procedimiento administrativo), sino también «formación sobre comunicación difícil y apoyo emocional».

⁷⁰ «Se produciría la paradoja de que una norma que se habría aprobado para, presuntamente, promover la autonomía se convierte en una sutil pero eficaz arma de coacción social» (*Inf. CBE eutanasia*, p. 43; lo repite en p. 70). No sólo eso. Como bien señala Gorsuch, *The future*, cit., pp. 161 y 162, criticando las tesis de Dworkin, Posner, Epstein y Singer, coincidentes en que sólo son valiosas las vidas humanas que reúnen determinadas características o rasgos (varían de un autor a otro), «[a] sus ojos [los de los citados autores], como a los de sus precursores eugenésicos de comienzos del siglo xx, las vidas de algunas personas son sencillamente más valiosas que las de otras [...] En suma, nos piden que imponamos, de una manera muy real, una forma de discriminación que separe a aquellos que tienen derecho a la completa panoplia de protecciones como seres humanos y aquellos cuyas vidas merecen pocas y menores protecciones. Nos piden que aceptemos, juzguemos y decretemos que ciertas personas con ciertas capacidades instrumentales (seleccionadas bastante arbitrariamente) merecen nuestro total respeto —y son legalmente inviolables— mientras otras personas carentes de esas capacidades no merecen ese aprecio, respeto y protección. En nombre de una política progresista, crearían unos ciudadanos de segunda clase».

⁷¹ A. Davis, «*Right to life of handicapped*», en *Bioethics*, cit., p. 785.

* El presente trabajo se entregó en noviembre de 2023. De entre lo publicado con posterioridad a la entrega, quiero destacar, ya en corrección de pruebas (octubre 2024), Ricardo Chueca Rodríguez, «Dos sentencias sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 130, 2024, pp. 251-290.

DIGNIDAD HUMANA Y CONSTITUCIÓN NORMATIVA

RICARDO CHUECA

Catedrático emérito de Derecho Constitucional

Doch eben wo Begriffe fehlen, Da stellt ein Wort zu rechter Zeit sich ein.

Arthur Schopenhauer, *Über die Grundlage der Moral**

I. Introducción

El recurso a la dignidad humana en la forma que fuere en un entorno jurídico no es un expediente más, antes bien incluye una declaración que compromete el modo de afrontar el caso concreto al vincularse a una declaración de principio sobre el modo de concebir el ordenamiento jurídico mismo. Diríamos que su mera invocación arrastra consigo una cadena de postulados y conlleva unos efectos de los que no cabe ser consciente pues, salvo ingenuidad flagrante en quien la profiere, no se está invocando un principio o valor al uso en los ordenamientos constitucionales de los estados de derecho, sino apelando a un mito para el que se reclama reconocimiento.

A esta situación hemos llegado en los ordenamientos más avanzados como resultado de un conjunto de factores y circunstancias; no como logro o producto de una secuencia evolutiva de la especie humana, ni como aceptación colectiva de un postulado que incluye, desde la especulación filosófica, una determinada manera de concebir la esencia de la especie humana. Todo ello no son sino acciones que emergen desde espacios ajenos a la ciencia del derecho que no libra a los juristas de atender a su naturaleza, alcance y consecuencias si, como ocurre, la dignidad humana forma parte del entorno apologetico, retórico y argumental de nuestros ordenamientos.

II. La construcción histórica de la dignidad humana

Comencemos por lo evidente: no existe una secuencia o encadenamiento de singladuras que expliquen desde el acontecer histórico la posición actual de la dignidad humana en los ordenamientos. Los estudios históricos muestran la existencia, en una

* «Justo cuando nos falta el concepto aparece una palabra que ocupa su lugar», *Sobre el fundamento de la Moral*, «Cap. II: Crítica del fundamento de la moral propuesta por Kant, § 8. Formas derivadas del primer principio de la moral según Kant». El dicho ya en Goethe aunque el uso aquí específico sobre *Menschenwürde* es propiedad de Schopenhauer.

u otra presentación para las culturas conocidas incluida la europea occidental, de momentos de apelación a una concepción del ser humano y del mundo como auto-reconocimiento que acredita y define una cultura y una sociedad concretas. El conocimiento del rico panóptico de culturas de la dignidad, siempre parcial, cambiante y limitado, enriquece lógicamente nuestro acervo sobre el término y sus próximos, dignidad humana y dignidad de la persona. De todos esos predicados, vecinos pero distintos, usamos a la hora de nuestro propio acto de proclamación, pero ya es menos convincente, para lo que interesa a los juristas, proponer una reconstrucción integrada de dignidades históricamente sucesivas¹. La conexión mediante su mera comunión léxica o terminológica no puede proporcionar nunca y en rigor una continuidad y coherencia que sólo la imaginaria del relator articula mediante su presentación como un *compactum* ideológico, orientado a la legitimación o debelación del estado de cosas desde un pasado imaginado. No se propone como alternativa ignorar la historia de la dignidad ni renunciar a ella, sino advertir de la impropiedad de eternizar el presente a su amparo. Todo ello nada dice, en el marco de los procesos históricos, de su importancia en determinados momentos como catalizador de movimientos transformadores asociados a una idea epocal y por tanto concreta².

El recurso al pasado deviene irresistible ante la tentadora anacronía de la idea de dignidad abstraída de circunstanciales eras y culturas, tan presta para su incorporación al entorno de los conceptos jurídicos: al cabo imponemos el peso, variopinto claro, de más de veinte siglos frente a unas pocas décadas de trayectoria jurídica³. Todo constituyente ha dispuesto así de una gama de dignidades para configurar la suya propia: un surtido rico, variado y de libre disposición por quien la invoca. No es por ello extraño que de un modo u otro, ya sea en su formulación inicial o en su trasiego hermenéutico, toda dignidad positivizada semeje un *patchwork* valorativo y genéticamente contradictorio. Este sería el caso del devenir posterior de la idea inicial plasmada en el art. 1 GG que manteniendo idéntica formulación durante tres cuartos de siglo ha experimentado cambios en su misma fundamentación⁴.

La prudencia en el uso del término, y aún más en sus evocaciones históricas, debe por tanto ser máxima. Incluso cuando es su propio propagador quien acompaña la

¹ Una pretensión de esta naturaleza parece animar a Dupré, entre otros muchos. Catherine Dupré «Constructing the Meaning of Human Dignity: Four Questions», en Christopher McCrudden (ed.), *Understanding Human Dignity*, British Academy, 2014, pp. 113-121.

² Rebecca J. Scott, R. J., «*Dignité/Dignidade*: Organizing against Threats to Dignity in Societies after Slavery», *op. cit.* nota anterior, p. 61.

³ Sobre el abuso de estos sesgos a mediados del siglo xx, Samuel Moyn, «Personalism, Community, and the Origins of Human Rights», en Stefan-Ludwig Hoffmann (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*. Human Rights in History. Cambridge University Press, pp. 85-106. «[...] it should also drive home a larger lesson about the teleology, tunnel vision, and triumphalism that has so deeply affected current historiography. Universalistic and formalistic languages always have a historically specific and ideologically particular meaning, which it is the mission of historians to seek out», p. 86.

⁴ Este es un asunto siempre en debate en la doctrina científica, y en cierto modo también en el Tribunal Constitucional Federal alemán al hilo de los pronunciamientos de al menos el último cuarto de siglo. Una síntesis actual de un tema inabarcable bibliográficamente en Christoph Goos «*Würde des Menschen*: Restoring Human Dignity in Post-Nazi Germany», en *Understanding Human Dignity*, cit., pp. 79-93.

apología con profundos cambios —manipulaciones no necesariamente dolosas— en su significado. El caso paradigmático y de gran importancia en la evolución de la idea de dignidad es sin duda el del acompañamiento tutelado de las iglesias cristianas europeas al sostener que la dignidad humana que se invoca es siempre la misma⁵. De este modo la dignidad humana de naturaleza claramente corporativa detectada en las dictaduras y regímenes autoritarios de la década de los treinta, con fundamento nítido en la doctrina social inicial de la Iglesia vendría a ser, en algunos autores, una suerte de primera piedra —principio fundador— de la dignidad humana que emerge en constituciones y declaraciones a mediados del siglo xx⁶.

La historia de la dignidad constituye una riquísima fuente de conocimiento y muestra presentaciones conceptuales extremadamente elaboradas. Pero no cabe encontrar en ella legitimación alguna para la dignidad del presente, si tenemos en cuenta la reelaboración implícita del pasado que subyace al acto de reconstrucción que el conocimiento histórico implica⁷. Una idea tan esencial y central en cualquier orden social y valorativo, forjada desde otros previos de los que esa misma idea de dignidad quizá repugnaría, debe ser tratada con cuidadosa contención. Toda invocación de una dignidad pasada exige el acompañamiento del entorno en que rigió.

Ahora bien, ese rigor no resulta de aplicación al constructo de la dignidad humana, es decir, a su uso como concepto metajurídico. El problema consiste en que los juristas operamos con un concepto de dignidad humana resultante del acarreo de fragmentos *ad hoc* que, aun haciendo abstracción del contenido, al insertarla en un ordenamiento jurídico, está sujeta a los rigores que les son propios; es, por así decir, otra historia.

El principio de la dignidad humana que manejamos hoy carece de historia. Si, como es el caso, aceptamos en las sociedades regidas por un estado democrático y de derecho que dignidad humana significa nota identificativa de la especie humana tornada así en declaración de valor universal, obviamente carecerá de historia, al menos de la que se construye sobre dimensiones de espacio-tiempo. Al cabo, una afirmación de validez universal carece necesariamente de historia; no, claro, de una historia de su afirmación siempre tan precaria. La idea de dignidad humana tiene sólo la historia de, como se dice ahora, su propio relato: de cómo se ha concebido en las culturas que la han conocido y del modo en que se ha transmitido⁸.

⁵ Hollenbach, D. *Claims in Conflict: Retrieving and Renewing the Catholic Human Rights Tradition*, New York: Paulist Press, 1979.

⁶ Una posición —contenida— de esta visión en Moyn, cit. Del mismo autor, también Samuel Moyn, «Jacques Maritain, Christian New Order, and the Origins of Human Rights», en *Intercultural Dialogue and Human Rights*, Luigi Bonanante, Roberto Papini, y William Sweet, Washington, DC: Council for Research in Values and Philosophy, 2011, pp. 55-76. Más recientemente, y más convincente, el análisis de Pawel Luków, «A Difficult Legacy: Human Dignity as the Founding Value of Human Rights», *Hum Rights Rev*, vol. 19, 2018, pp. 317-321.

⁷ Una muestra reciente de una dignidad desde el presente, con un alto grado de manipulación aunque de calidad desigual, en Dicastorio sobre la Doctrina de la Fe, *Declaración Dignitas infinita sobre la dignidad humana*, 8-4-2024, N. 080424c. Nota de Prensa. Oficina de la Santa Sede. (a.10-4-2024).

⁸ Reflexiones de gran calidad al respecto en Mette Lebech (ed.), «What is Human Dignity?», *Maynooth Philosophical Papers*, 2:59-69, Maynooth: Maynooth Univ. Press, 2004.

Ello nada dice de su irrelevancia pues sobradamente sabemos que en aquél filón de esa historia de relatos rebuscamos para la argumentación jurídica: un riquísimo acervo donde todo operador encuentra, si no soluciones convincentes, consuelo a sus problemas.

III. La dignidad humana como concepto

1. LÉXICO Y SEMÁNTICA

La dignidad humana con que nos manejamos los juristas, como concepto inserto en los ordenamientos, es de reciente y enrevesada historia. Sin embargo, como término, idea o concepto filosófico ha ascendido a lugar común, aunque variado en presentaciones y contenido, dada su espectacular capacidad de adaptación al entorno: se mimetiza prodigiosamente en los ordenamientos.

Esta circunstancia tan disfuncional para su uso jurídico es al tiempo clave de su exitosa aceptación en declaraciones y textos constitucionales, hasta llegar a alcanzar su actual universalidad: un dato realmente inquietante para los juristas.

El término léxico de dignidad posee una coherencia diacrónica llamativa en las lenguas de referencia que manejaremos, pero ha amparado variaciones semánticas notorias desde su inicial lógica léxica compartida. El origen etimológico del término parece bastante nítido para las lenguas de raíz indoeuropea e invoca una estructura léxica prácticamente permanente⁹.

En el árbol semántico la palabra raíz castellana es el término *digno/a*; ahora bien, el término dignidad no proviene de digno sino de *dignitas*, lo que explica la distinta gama de acepciones que soportará cada una de ellas, no siempre congruentes en un análisis sincrónico. Se trata, en términos lingüísticos, de dos términos *opacos*, pues en lengua castellana uno no deriva de otro, sino que cada uno procede de distinto término latino (*dignus/dignitas*) en donde sí que se forjó la relación entre ambos, a la que siguen encadenados en nuestra lengua. En todo caso, el nexo digno/a-dignidad es heredado, en lo esencial, del léxico y etimología latinas y sus acepciones estarán muy próximas a las lenguas de referencia francesa, inglesa y alemana durante siglos¹⁰.

⁹ Con origen en la raíz indoeuropea *dek*, cuya derivación a las lenguas griega y latina es perfectamente reconocible, aunque con implantación mucho mayor en esta última. Su evolución desde la lengua latina es también bastante identificable incluso fonológicamente.

La relación de los términos latinos con los griegos es bastante más enrevesada y sutil. *Dignitas*, de *decus*, recibirá también del griego el significado del término *acioma* cuando la lengua latina debió enfrentarse a la lógica filosófica griega, con el significado de «lo que no precisa demostración». Aquí sitúa Lebech el origen de los problemas conceptuales actuales que presenta la dignidad humana, Lebech, cit., p. 60. Esta tesis es utilizada de modo muy sugestivo por Milbank, J. (2013). «Dignity rather than rights», en *Understanding Human Dignity*, cit., pp. 197-199.

¹⁰ Sin embargo, hasta hoy las acepciones de dignidad y digno no han recibido la de dignidad como cualidad de la especie humana, si hablamos del *DRAE*. Recientemente el término dignidad se ha incluido en el *Diccionario Panhispánico del español jurídico* con una variada panoplia de usos y acepciones pero con cierta tosquedad en su definición. En todos los casos *digno* alude de un modo u otro a término de referencia como

Ahora bien, el término digno/a encontrará compañeros —pero competidores— en *worth* y *Würde* en lengua inglesa y alemana respectivamente, aunque manteniendo siempre una proximidad semántica a *digno/a*¹¹.

La consolidación de modelos políticos y sociales distintos influirán, sólo relativamente, en su variabilidad semántica. Pero deberemos hacer una señalada excepción con el caso alemán y el reflejo en el término *Würde* de la singular evolución de la idea de dignidad en la cultura germánica a partir del siglo XVIII, que carece claramente de parangón en el resto de los idiomas que tratamos.

Desde el punto de vista léxico y semántico el elemento que está en el origen de la recepción jurídico-política de la dignidad humana por los juristas, es sin duda la emergencia de la idea misma de ser humano como portador de una cualidad singular de contenido espiritual que le identifica como dotado de conocimiento y razón *en cuanto tal*. A ello corresponderá un término alemán, *Menschenwürde*, que acredita claramente esta acepción en el pensamiento y la ciencia alemanas ya en el último cuarto del siglo XVIII al menos¹². La reiterada invocación del fragmento kantiano en la «Fundamentación de la metafísica de las costumbres», así como los fragmentos de Schiller en «De la gracia y la dignidad», no serían sino muestras, desde luego señeras, de un lugar común compartido entonces y aun tiempo atrás¹³. Un seguimiento posterior de su uso hasta el período nazi y tras la II GM acredita sobradamente el arraigo de los conceptos

condición de juicio. Digno significa en castellano, con variaciones diacrónicas, *congruo*, lo que libera de mencionar el término de comparación; así salario *digno*, vivienda *digna*. La *dignidad* como calidad de digno sigue las exigencias de su término raíz, manteniendo el nexo latino con significado próximo pero claramente distinto.

Se han diluido sin embargo en el uso actual gran parte del grupo de acepciones que asociaban dignidad a cargo —laico o eclesial— y por extensión a los beneficios económicos asociados. Similar evolución ha experimentado en el sentido de *majestad*, *honor* o, más en general, juicio social favorable. O contrario, así *digno de castigo*, *repulsa*, etc. Sin embargo, puede encontrarse esta acepción en algunas Sentencias del TC español por referencia a autoridades concretas o profesiones.

¹¹ En lengua alemana convivirán *Würde* (*Wird*), con *Dignitas* y con *Dignität*. Una correspondencia aproximada a los términos castellanos sería *digno*, *honor* y *rango* respectivamente. *Digitales Wörterbuch in deutschen Sprache* y *Duden Wörterbuch*.

El parangón *digno-worthie* (*worth*) y *dignidad-worthines* (*worthy*) ya en Henry R. Percival, *Bibliothecae Hispanicæ pars altera. Containing a Dictionarie in Spanish, English and Latine*. Londres: John Jackson y Richard Watkins, 1591. (a. NNTLE 4-2-2024).

Para equivalencia con los términos franceses, *digne* y *dignité* acreditado ya en Jean Palet, *Diccionario muy copioso de la lengua española y francesa [...]. Dictionaire tres ample de la langue espagnole et françoise*. París: Matthieu Guillemot, 1604.

Para datar la equivalencia con la lengua alemana, *digno- Würdig/ Werth* y *dignidad- Würdigkeit*, Mez de Braidenbach *Diccionario muy copioso de la lengua española y alemana hasta agora nunca visto, sacado de diferentes autores [...]*. Viena: Juan Diego Kürner, 1670.

¹² El primer texto en que se usa en este sentido y de modo reiterado, Lavater, *Physiognomische der Fragmente, zur Beförderung Menschenkenntniß und Menschenliebe*. Bd. 2. Leipzig, 1776. *Korpusbelege DTA-Kernkorpus (1598-1913). Der deutsche Wortschatz von 1600 bis heute*.

¹³ Cfr. Friedrich Schiller, *Sobre la gracia y la dignidad; sobre poesía ingenua y sentimental.*, Barcelona: Icaria, 1985, pp. 363, 369, 470...

Para Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid: Calpe, 1921. Trad. Manuel García Morente, pp. 87-88. Sin embargo Kant no fue prácticamente invocado en los debates del Consejo Parlamentario redactor del vigente art. 1 de la GG.

y términos de *Würde* y *Menschenwürde* en la lengua y cultura alemanas como un elemento diferenciador con el resto de los lenguajes de referencia. Este dato desempeñará una función fundamental a la hora de configurar la inserción en normas jurídicas de la idea de dignidad humana a mediados del siglo xx y explicaría otras.

A la vista de ello la dignidad humana puede perfectamente verse como un concepto con dos historias sucesivas o como una única secuencia léxica y semántica que cambia su significado y naturaleza al insertarse en los ordenamientos jurídicos a mediados del pasado siglo. Seguramente ello daría razón de un exponencial proceso de florecimiento de la dogmática sobre la dignidad humana tras su inserción jurídica. No sólo, como es lógico, en los términos propios de la ciencia jurídica sino en el esfuerzo teórico mismo orientado a su construcción conceptual. La exigencia de respeto y protección de la dignidad humana y de un orden conforme a ella de los estados de derecho ha constituido indudablemente un potente catalizador de la especulación teórica y filosófica. De ahí que pueda decirse que primero fue la *ideología* de la dignidad y posteriormente su construcción conceptual. Si aceptáramos esto quizá no deberíamos olvidarlo cuando la encontramos invocada —devenida *término sacro*— en una norma jurídica.

2. LOS INGREDIENTES TEÓRICOS DE UN CONSTRUCTO ACTUAL DE LA DIGNIDAD

La literatura científica sobre la naturaleza de la dignidad y la dignidad humana es claramente inabarcable. Ello obliga necesariamente a un esfuerzo de síntesis orientado, para lo que nos interesa, a una consideración central: responder a la pregunta de si la dignidad y la dignidad humana pueden ser concebidas como ideas y concepciones con un contenido material determinado y concreto con carácter previo a su utilización en cualquier ámbito, incluido lógicamente el jurídico.

El hecho de considerar la opción predetermina ya que una invocación de la dignidad humana incoa una propuesta formal. O, en otro sentido, una concepción formal cuya consistencia está al servicio de los valores que se incorporan en ella como consustanciales. Esta opción es, en el ámbito jurídico, el auténtico marchamo identificador de la idea de dignidad y de dignidad humana y al tiempo un dilema no tanto irresoluble como connatural al acto de proclamarla. Nos sustraeremos lógicamente a tan enojoso asunto aunque no lo perderemos de vista, siempre situado en el ámbito que le es propio: el de la lucha —o mera discrepancia— ideológica característica de las sociedades plurales y sus estados de derecho.

Desde el punto de vista lógico la dignidad humana invoca una declaración de algún tipo de superioridad de la especie humana como tal frente al resto de las especies, en un sentido que puede situarse ya en Pico della Mirandola, que ha sido más reiterado que comprendido. Esta superioridad se funda en la singular característica de nuestra especie, dotada como está de una capacidad de razón frente a otros animales que motejamos, de modo precipitado, como inferiores.

Esa cualidad, dadas las características descritas, es necesariamente predicable a un tiempo de la especie y de cada uno de los individuos. Por tanto, esta dignidad de especie y de cada individuo, al tiempo y la misma, puede ser proyectada de muchos

modos. Puede verse como título que habilita o faculta, pero también como exigencia de la especie respecto del individuo concreto. Dejémoslo registrado así por el momento. Las discrepancias versan, claro está, sobre las diversas fundamentaciones de tal característica que —insistamos— lo es, siempre y a la vez, individual y colectiva. No puede ser de otra manera.

Como se ve dignidad *dice* siempre *status* pero, a diferencia de otros usos, *status* significa aquí específicamente atribución de una característica que no requiere un previo contenido material cierto¹⁴. Tanto como que debe poseerlo pues tal es la exigencia ineludible que se impone a cualquier operador jurídico precisamente por la naturaleza lógico-formal del concepto al que apelan las normas: no hay escapatoria.

No terminan aquí, antes bien comienzan, las dificultades. La dignidad humana requiere, por lo dicho, condiciones especiales de uso¹⁵. Entre estas son de especial aplicación en un entorno jurídico las siguientes:

Primero, dignidad humana dice universalidad en el sentido aludido.

Segundo, dignidad humana dice inalienabilidad, una nota consustancial a la idea de ser y especie humanas y que, como condición de *status*, no es contingente al serlo por construcción.

Tercero, a diferencia de cualquier otra acepción del término dignidad, se trata de un *status* no sujeto a condición alguna o juicio de evaluación de uso.

Cuarto, dignidad y dignidad humana son coextensivas: se trata de una cualidad exclusiva de la especie humana¹⁶.

Y quinto, su mera proclamación en un entorno jurídico-normativo, atendidas las características anteriores, reclama una posición de supremacía lógica sobre cualquier enunciado o mandato jurídico, siempre sujeto del modo que fuere a ella.

Estas características, aún desde una configuración lógico-formal rigurosa, proporcionan una panoplia de recursos argumentales abstractos con legítima base en el constructo de dignidad descrito, lo que le hace acreedor a su calificación como un *electrón libre*¹⁷; este *aire cuántico* es el precio de su *status* universal siempre requerido de la abstracción precisa al servicio de esa cualidad¹⁸.

¹⁴ «Dignity' does not need to denote anything, just as (one might point out if in Wittgensteinian mood) there is no fact beyond social acceptance that underlies the chess piece with a horse's head being entitled to move in an L-shape», en Michael Rosen, «Dignity: The Case Against», *Understanding Human Dignity*, cit., p. 145. Del mismo autor y con mayor pormenorización, *Dignity, its History and Meaning*, Cambridge: Harvard Univ. Press, 2012.

¹⁵ Sigo la excelente síntesis de Stephen Riley y Gerhard Bos, «Human Dignity», en *Internet Encyclopedia of Philosophy* (a. 2-11-2023).

¹⁶ Desde Tomás de Aquino. No así en el dogma católico en donde dignidad es palabra que denota un predicado del orden divino indistinto de status, claramente formalizado ya contra la Revolución francesa y hasta las Declaraciones de derechos posteriores a la II GM, en Rosen, cit., 2013, p. 147).

¹⁷ Sobre esta característica y su capacidad asociada de producir un *efecto magneto* en los ordenamientos jurídicos, Ricardo Chueca, «La marginalidad jurídica de la dignidad humana», *Dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid: CEPC, 2015, p. 30.

¹⁸ Es muy conocido el modo en cómo Theodor Heuss expresó este brete durante las sesiones del Consejo Parlamentario redactor de la GG: la dignidad humana como una *tesis ininterpretada*. «Die Würde des

Una segunda variable, de la que nos ocuparemos después, permite identificar la dignidad humana como interminable partera de sucesivos derechos que, investidos por tal origen, configuran un universo jurídico compartido. Una capacidad reproductiva que no posee límite...

En tercer lugar, opera como variable que permite evaluar acciones y cualidades de individuales, pero también imponer desde su pretensión de universalidad determinados comportamientos a individuales o grupos concretos.

Todos estos recursos confieren a la dignidad humana una poderosísima capacidad *intersticial* en los ordenamientos jurídicos potenciada por la estructura lógica formal de los modernos sistemas normativos¹⁹. Un fenómeno que se reproduce en su utilización por los operadores jurídicos, especialmente en los órganos jurisdiccionales; pero no sólo.

IV. La irrupción de la dignidad humana en los ordenamientos

Ciertas dificultades en el manejo jurídico de la dignidad humana tienen su origen en el momento y modo de desembarco en el ámbito del derecho, hasta terminar componiendo una suerte de singularidad constituyente que ha teñido su recepción jurídica y despliegue posterior.

El conjunto de factores que la propiciaron suele simbolizarse en el pavor colectivo que causó la probada eficacia de la especie humana en la capacidad de exterminio de sí, expresada en esa variante del hobbesiano miedo al miedo tan presente en las dos grandes conflagraciones mundiales. Pero es evidente que tan aterrador fenómeno, por sí mismo, no puede cargar con la espectacular apología de la dignidad humana y todavía menos con los vericuetos por los que llegará a su privilegiada posición en los ordenamientos como *teología negativa* de una nueva religión civil²⁰. Sobre todo este fenómeno disponemos de un centón de justificaciones en base a la conmoción causada por tales acontecimientos —siempre indescriptible en toda su intensidad— pero de ninguna explicación satisfactoria en lenguaje causal entre el destrozamiento bélico del exterminio de grupos humanos y el abrazo a la dignidad.

Por decirlo en breve, la dignidad humana no posee en cuanto tal una capacidad traumática por el mero acto de su invocación formal, por litúrgica que fuere su expresión. La pretensión de situar la dignidad humana que conocemos como principio ordenador de aspectos centrales de las relaciones humanas individuales, colectivas e institucionales excede su naturaleza y posibilidades.

Menschen stehe in seinem [Heuss] Vorschlag als nicht interpretierte These», «Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes», en Goos, cit., p. 80. Similar posición en el socialdemócrata Carlo Schmid (*ibidem*, 85).

¹⁹ Riley y Bos, cit.

²⁰ Lo tomo de la alusión de Oliver W. Lembcke, «Human Dignity – a Constituent and Constitutional Principle: Some Perspectives of a German Discourse», en *Human Dignity as a Foundation of Law*, 2013 p. 231 a Ottmann. Idea similar en Hanna Arendt, *On Revolution*, Londres: Penguin Books, 1963, pp. 184-188).

Tal empeño requiere establecer un nexo entre dignidad humana y facultad jurídica que la haga valer o, lo que es lo mismo, entre derecho y dignidad humana. Sin embargo, y como vamos a ver, la relación entre ambos tiene un origen circunstancial, de oportunidad, y en términos de lógica jurídica no ha podido superar la naturaleza de postulado; noble, pero postulado.

1. Dignidad y derechos humanos

El estudio del momento en que surge el vínculo entre dignidad y derecho, entendido por ahora como facultad atribuida, imputada, predicada o meramente presumida del ser humano, requiere alguna atención²¹. Se trata de un instante en que el acarreo de dignidades de diversa naturaleza, origen e historia precipitará la obtención de una *nueva* aleación de dignidades que como era de esperar resultó frustrada. El fracaso se sustanciará durante la elaboración de la Carta de Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH).

La *era* jurídica de la dignidad arranca, según está minuciosamente documentado, del proceso de elaboración de la Carta de Naciones Unidas en 1945 y, más concretamente, del grupo de redactores encargado de la revisión estilística de su Preámbulo, en cuyo proceso se infiltrará, por motivos muy circunstanciales, el término dignidad para abreviar y aligerar conceptualmente un fragmento del borrador del texto²².

Ese primer enunciado de la Carta abrirá una vía que obtendrá sólida reafirmación en la DUDH en donde la primera alusión a la dignidad humana se expresa como aceptación y refuerzo del término utilizado en la Carta. Pero no debe ocultarse que vincular la centralidad de la dignidad humana en la DUDH a un término utilizado en la Carta, con origen en una finalidad estilística circunstancial, no puede alcanzar a explicar asunto tan relevante.

En el proceso de elaboración de la Declaración lo primero será acordar la función que se atribuye a la dignidad humana, y sólo en un segundo momento lógico converger en que la pretensión de asignarle tal función sólo era posible previa la negación de su historia por los estados firmantes, único modo de anexarle un contenido que resultare aceptable y adecuado a tan variopinto modo de entender la sociedad, la cultura y los valores de los estados firmantes. Una historia, esta de la dignidad, plena según

²¹ Para una descripción del debate sobre la existencia de relación a nivel teórico y, en su caso, de la naturaleza de la relación. *Contra* Doris Schroeder, «Human rights and human dignity: an appeal to separate the conjoined twins». *Ethical Theory Moral Pract*, 2012, vol. 15, pp. 323-335. A favor de su existencia, Peter Schaber, «Human Rights and Human Dignity: A Reply to Doris Schroeder». *Ethical Theory Moral Pract*. 2014, vol. 17, pp. 155-161.

²² El borrador decía «[...] *re-establish faith in fundamental human rights, in the sanctity and ultimate value of human personality, in the equal rights of men and women and of nations large and small...*». A fin de «abreviarlo, hacerlo más explícito y menos académico» se llegó a la versión final, «[...] *to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small...*». Elizabeth Reynard and Virginia Gildersleeve registraron estos avatares en testimonio escrito, en su condición de editoras del Preámbulo. Pawel Luków, «A Difficult Legacy: Human Dignity as the Founding Value of Human Rights», cit., p. 319.

sabemos de variaciones, contenidos y variadas formulaciones. De este modo la *aceptación sincera* lo será tan solo del paradigma lógico que, en su estructura desnaturalizada, se corresponde sensiblemente con la degradación de la idea de dignidad humana, autoritaria y conservadora, sostenida por la Iglesia Católica hasta la II GM que evolucionará con Maritain, uno de los coautores de la DUDH, cuya influencia en el proceso está suficientemente acreditada²³.

Las organizaciones políticas democristianas plasmarán una idea de relación entre dignidad humana y derechos humanos en donde, de un lado, se propondrá la naturaleza *absoluta* de la dignidad de perfil comunitario. Esta idea absoluta de dignidad perderá su base confesional, don divino, pero no su carácter absoluto como esencia del ser humano *superior* a los poderes establecidos, proponiendo nítidamente una legitimidad condicionada de tales poderes así como una limitación en el desarrollo de la dignidad humana en clave de derechos²⁴. La igualdad entre seres humanos, trasunto de la igual dignidad, lo será sólo *por naturaleza* y compatible por tanto con la desigual suerte, fortuna y posición en el orden social establecido; todo ello basado en la tesis del personalismo cristiano y su pretensión de diluir la polarización individual-colectivo. El trabajo o el salario *dignos* —por ejemplo— lo serán *per relationem*, es decir, dentro del orden social y político realmente existente²⁵.

El desarrollo de los derechos humanos no resulta pues de una dignidad concreta, sino *concretada*: todo queda así *abierto*. Tanto como la idea misma de dignidad humana, de la que en realidad sólo se afirmaba la aceptación de su naturaleza de *necesaria* por *absoluta*. Necesaria significaba imprescindible en términos propios de la filosofía: en realidad se trataba de una afirmación política pues sólo su invocación podía permitir una presentación coherente, *como sistema*, de la DUDH²⁶. Su plasmación y contenido jurídicamente articulado mediante la categoría de derechos humanos quedaba *a merced de los acontecimientos*.

Ello explicará afirmaciones como la de Maritain, que rápidamente percibió que el vínculo dignidad humana-derechos humanos sólo era sostenible si se privaba a la primera de todo contenido material concreto pues, de no hacerse así, se predeterminaba el fracaso de la DUDH al impedir la pretendida e imprescindible aceptación universal²⁷.

²³ Con posiciones distintas pero coincidentes en el análisis que se describe, se recomienda Lukow, cit., pp. 316 y ss. Minuciosísima descripción y excelente análisis, con leve sesgo pro-católico, Moyn, cit. Para el interesante asunto del papel del personalismo cerca de Pío XI y Pío XII y posteriormente en la elaboración de la DUDH, de nuevo Moyn, 2011, cit. Una visión de conjunto de este proceso en pocas páginas y con un gran esfuerzo de síntesis, Charles Beitz, *The Idea of Human Rights*, Oxford: OUP, 2009, pp 18 y ss.

²⁴ Esta será la acepción inicial asociada al art. 1 GG, de aroma claramente (demo)cristiano. Sólo con Dürig decaerá la intensidad del inicial iusnaturalismo renovado compensado progresivamente por una teoría de la dignidad humana y de los derechos como valores objetivos.

²⁵ Una posición recientemente reproducida en la primera parte del documento del Dicasterio para la Doctrina de la Fe *Dignitas infinita...*, cit., pp. 2-10)

²⁶ Al decir de Maritain «[W]e agrees about the rights but on condition that no one asks us why». En Jacques Maritain, «Introduction», en UNESCO, *Human Rights: Comments and Interpretations*, London: Allan Wingate, 1949, pp. 9-10. Dedicar mucha atención a estos aspectos, de donde tomo la referencia, Beitz, cit.

²⁷ La dignidad humana debía ser capaz de subsumir implícitamente múltiples derechos humanos, no corresponderse con un modelo geopolítico concreto, siendo a un tiempo receptivo a cosmovisiones diversas,

La idea de dignidad humana verá unida su suerte a la DUDH y a una sucesión de declaraciones y documentos hasta configurarse como precondition de legitimidad de cualquier proclamación de derechos posterior —territorial o temáticamente delimitada— hasta haber devenido en un repertorio numeroso y variado. Debido a ello esta dignidad humana *declarativa* ha sufrido un desgaste creciente hasta llegar a su actual capacidad multiusos. Disponemos por ello de una dignidad humana *instalada* en los ordenamientos al igual que en multitud de declaraciones, convenios, pactos y tratados. Ello ha llevado a que Mahlmann advierta sobre lo que ha denominado elitismo intelectual de la dignidad²⁸. Frecuentemente se olvida que los avances en aspectos esenciales de la dignidad humana tal y como han sido formulados por intelectuales y pensadores durante siglos lo han sido por una larga historia de luchas que han vencido, corregido o paliado situaciones como la esclavitud, las condiciones de trabajo de la clase obrera, la igualdad de género o la pobreza. Todos estos movimientos son sin duda el auténtico suelo de la dignidad que hoy enarbolamos. Y son sin duda tales triunfos los que proveen nuevas energías frente a nuevos retos, más allá —o a veces no— de una idea que no necesariamente guió siempre los procesos sociales y políticos transformadores.

En el ámbito constitucional, desde el art. 1 GG la dignidad ha ido colonizando todos los textos constitucionales. Así sucedió con las transiciones democráticas de Portugal, España y Grecia y posteriormente con las constituciones elaboradas al socaire de las transiciones de los países del Este tras la caída del Muro de Berlín en la década de los noventa²⁹.

El único pero importante cambio de naturaleza estructural en el nexo dignidad humana-derechos humanos desde la DUDH se está produciendo como consecuencia de la irrupción de los nuevos escenarios biomédicos y, de otro lado, por los recientes avances en las tecnologías comunicativas. Todos ellos han incrementado la demanda argumental de la dignidad humana para la habilitación de nuevas facultades individuales —o reelaboración de las existentes— frente al incremento objetivo de la capacidad de decisión o de autodeterminación, e incluso revisión de la naturaleza misma del

integrar la dimensión individual y social de la persona, dotada de autonomía relativa respecto de la idea y forma de la institución estatal, de base humanista pero sin una idea concreta de humanidad, con pretensión de permanencia pero adaptable a cambios... Giuliano Sereno, *La dimensione costituzionale della dignità umana. Da concetto filosofico a elemento normativo di diritto positivo*, Roma: Editrice Apes, 2016, pp. 112-3. En esta misma línea Christopher McCrudden, «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights», *EJIL* (2008), vol. 19 núm. 4, 655-724. También en *Legal Research Paper Series*, Paper No 24/2008, July 2008, University of Oxford. Existe mucha bibliografía sobre estos pormenores; por todos, McCrudden, cit. Sobre este asunto, veánse las sabias reflexiones de Gutiérrez Gutiérrez, I., «Traducir derechos: la dignidad humana en el derecho constitucionales de la comunidad internacional», *AFDUAM*, 16 (2012): 91-108.

²⁸ Matthias Mahlmann, «The Good Sense of Dignity: Six Antidotes to Dignity Fatigue in Ethics and Law», en *Understanding Human Dignity*, cit., pp. 596-597.

²⁹ Sobre la influencia del art. 1 GG en constituciones posteriores, puede verse la parte dedicada a su recepción en las constituciones extranjeras en Alberto Oehling de los Reyes, «El concepto constitucional de dignidad de la persona. Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental», *REDC*, 91, 2011, pp. 135-163.

espacio de autodeterminación asociado a la idea jurídica de persona. De este modo el dispositivo de la dignidad humana como *absoluto* se ha traducido, sin pérdida de tal nota, en un mayor despliegue del espacio de autonomía individual con la correspondiente reducción del espacio comunitarista en la visión personalista original asociada al imperativo kantiano y a la influencia de la doctrina social de la Iglesia católica. Este sería uno de los aspectos que están transformando la relación de la dignidad humana con muchos derechos relacionados en la constituciones y declaraciones.

El patrón comunitarista ha ido debilitándose a partir de los años 70 del pasado siglo como consecuencia de varios factores, pero muy destacadamente por el reflejo de los avances aludidos en las nuevas corrientes de la filosofía bioética. Aunque también por la generalización de la invocación de la dignidad humana en una interminable secuencia de declaraciones de todo tipo y de documentos sectoriales que han erosionado sensiblemente, pero no erradicado, su eficacia apologética.

2. LOS PROBLEMAS DE LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DIGNIDAD HUMANA

La dignidad de que hoy disponemos posee una breve historia según vemos. Especialmente si la ponemos en relación con los sistemas de derechos constitucionales que en diversos sistemas y ordenamientos fueron surgiendo desde finales del siglo XIX, a partir de la dogmática de los derechos públicos subjetivos especialmente alemana. La dignidad humana aterriza en las constituciones tras la II GM pero no trae consigo un sistema de derechos sino que viene a proponer una revisión de la idea de derecho individual frente al poder estatal. De modo que la era de la dignidad humana se insertará en algunos ordenamientos donde preexistía una cultura de derechos en el modo que fuere.

La dignidad humana, como bien sabemos, se invoca como *nodo* de un sistema universal de derechos, única fuente de legitimidad al cabo y, por consiguiente, proponiendo una relación dignidad-derecho de base creencial. Desde este punto de vista la dignidad sugiere más bien «un estado de cosas» que viene a insertarse en estructuras ordinamentales muy consolidadas en algunos casos y de larga base histórica en otros. En la fundamentación de la dignidad humana será por tanto crucial su genealogía, tanto histórica como filosófica, pues no será otro el respaldo del acto de invocación. Frente a ello, un derecho siquiera en forma de público subjetivo posee su propio fundamento de validez en el ordenamiento que lo contiene. Esta tensión es constitutiva en la relación dignidad humana-derecho individual en un entorno estatal y, contrariamente a lo que cabría suponer en una primera aproximación al problema, la inserción de la dignidad humana —revestida de uno u otro formato jurídico-normativo— no sólo no resuelve el problema, sino que lo agrava. Un asunto este del que el constitucionalismo alemán contemporáneo posee una larga experiencia.

Es por ello que nos encontramos ante una relación tanto más inestable y precaria cuanto más intensa se pretenda porque, como se ve, incorpora una tensión estructural. Es obvio que en un entorno declarativo propio de los grandes documentos internacionales cabe el mantenimiento de tal tensión, o su elusión, e incluso la aceptación del

dilema como factor dinamizador de su eficacia apologética o declarativa. Pero si hablamos, como es el caso, del tratamiento de la relación en el seno de un ordenamiento estatal, se trata de un asunto muy distinto.

Todo indica pues que la relación entre la idea, dignidad humana, y un derecho individual subjetivo constitucionalmente proclamado no podrá ser nunca de naturaleza material; ni tampoco formal; sino virtual como puede deducirse del intento de relacionar una idea o valor y un derecho.

La conexión propuesta entre dignidad humana y derecho individual en un entorno ordinamental estatal crea para empezar una relación de interdependencia. Frente a la propuesta de las declaraciones de derechos de la dignidad humana como *fons iura* los sistemas de derechos constitucionales son concisos, precisos y de un modo u otro sujetos a *numerus clausus*. Tan diferentes características explican dos fenómenos especialmente dañinos en términos de seguridad jurídica.

De un lado, cualquier construcción argumental dirigida a lograr una interpretación jurídica en base a la puesta en relación de ambos obliga, de modo consciente o no, a la construcción de *conectores* que posibiliten una puesta en relación orientada teleológicamente. Ello hace inevitable acudir a preceptos referidos bien a uno bien a otro de ellos o, en otro caso, a malentendidos que permitan salir del brete. Hay sobrados ejemplos y modalidades de todo ello en la justicia constitucional y a alguna de ellas aludiremos más adelante.

De otro lado, y en fenómeno que podría verse como subespecie del anterior, se construyen interdependencias entre ambos. Por esta vía ambos, dignidad y derecho, se *retroconfiguran*. Aquélla se perfila *ad hoc* y, en su caso, el derecho se presenta de un modo próximo a la idea de dignidad previamente deducida o inducida en *modo pre-concepto*.

La adaptación, de acuerdo al ordenamiento, de la idea de dignidad humana y de derecho público subjetivo es no sólo una acción legítima sino exigible a todo órgano estatal pues (de nuevo el problema emerge) la dignidad humana no es *universal* en los órdenes jurídicos estatales salvo en su invocación. No significa lo mismo en un documento supranacional que en un ordenamiento.

Si la dignidad humana, como es el caso, asume de un modo u otro una naturaleza fundacional en los estados democráticos de derecho, su uso por los operadores jurídicos requiere un rigor exquisito; lo que no es siempre el caso en el plano jurisdiccional, bien que con notorias diferencias entre cortes. Hay una primera regla que opera a modo de gálibo: la proclamación de la dignidad humana en un ordenamiento constitucional, en el modo que fuere, impide a los órganos estatales atribuirle un contenido material o una base creencial o filosófica concretas. El alcance y condiciones de uso de la regla de la dignidad humana por los operadores jurídicos figuran establecidas por el constituyente, cabalmente en forma de sistema de derechos fundamentales en las constituciones normativas³⁰.

³⁰ Dieter Grimm, «Dignity in a Legal Context: Dignity as an Absolute Right», en *Understanding Human Dignity*, cit., pp. 381-392.

3. Derecho humano y derecho fundamental

La era de las constituciones normativas está íntimamente asociada, entre otras características, a una profunda novación de los derechos políticos subjetivos. Los derechos, en los estados democráticos de derecho son, como siempre, facultades frente al poder político. Pero en una constitución normativa propia de un estado de tales características constituyen también uno de los fundamentos del propio orden político legítimo. Tal naturaleza no les hace *anteriores* al poder establecido, ni *superiores*. Su inclusión como fundamento es cabalmente *condición de legitimidad* de la dominación política que la constitución establece.

Precisamente por su naturaleza fundamental constituyen un conjunto de poderes cuya configuración básica o esencial queda registrada jurídicamente en la constitución, es indisponible para los poderes constituidos y se impone al legislador. Esta consistencia dogmática de las constituciones normativas es resultado de la confluencia de un conjunto de creencias, valores y experiencias de algunas sociedades y, a la vista de su éxito, modelo imitado en otras muchas con voluntad y suerte diversas.

V. La recepción de la dignidad humana en la CE de 1978

Es sobradamente conocida la intensa influencia que el sistema de derechos fundamentales recibió del modelo de la entonces *GG* alemana que, para lo que ahora nos interesa, alcanza también a la relación derecho fundamental-dignidad humana.

En otra dirección este abrazo de la Constitución a una determinada concepción de la conexión derecho fundamental-derechos humanos, pivotando de modo explícito sobre la DUDH, se plasmó en una relación hermenéutica en el art. 10.2 CE que determinaba sensiblemente el sentido del enunciado del 10.1 CE.

Finalmente la ratificación del Convenio de Roma nos llevó a una interpretación de un relevante elenco de derechos fundamentales de acuerdo al principio de dignidad humana que el TEDH tardó décadas en encontrar entre los preceptos del Convenio mediante inferencias más o menos forzadas y en cuya búsqueda sigue avanzando; siempre hacia nuevos hallazgos de *conexiones* entre determinados derechos y una dignidad tan expresamente ausente cuanto emergente en la adopción de decisiones en *casos difíciles*³¹.

Nuestro ordenamiento constitucional ha asumido todas estas condiciones de partida con firme determinación. Dejaremos a un lado un juicio global sobre estas opciones, que son ya ahora condiciones de actuación, pero deberemos enumerar alguna de las dificultades con que nos encontramos como consecuencia de todo ello.

³¹ Asunción Elvira Perales, «La dignidad humana en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid: CEPC, 2015, 197-234.

Hasta llegar a afirmarse por el TEDH en *Mortier c. Belgique*, § 124 «[...] 124. Enfin, la Cour rappelle que la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention», con cita de *Pretty*. Reitera en § 137. Lo que no puede sino anunciar la continuación de nuevos descubrimientos al amparo de esta dignidad cada vez menos implícita.

La primera podríamos cifrarla en la diferente naturaleza de la conexión derecho-dignidad en la DUDH y, en general, en las declaraciones y convenios que la contienen como patrón común y universal frente a su acomodo en un texto constitucional normativo. En esos textos declarativos los derechos proclamados lo son *ab origine* y como vimos la dignidad humana constituye su necesario suelo, no sólo teórico-ideológico sino de legitimación, respaldada claro está por los estados firmantes en modo de compromiso o sometimiento a los derechos allí proclamados. No había, según vimos, otra opción³². Sin embargo, cuando el derecho subjetivo se contiene formalizado como derecho fundamental en un ordenamiento de un estado de derecho, la relación adquiere ineludiblemente otra naturaleza. Un derecho fundamental *vale*, es decir, posee validez jurídica en un entorno ordinamental: validez y legitimidad nacen del acto constituyente que crea el ordenamiento jurídico. Por tanto, la posición de la dignidad humana, así como su relación con el derecho fundamental concreto, no precisa de adveración genealógica alguna o, de poseerla, es irrelevante para su validez. La proclamación de la dignidad humana en una constitución normativa le sitúa en un entorno y naturaleza ordinamentales y se formaliza por ello de acuerdo a las categorías del sistema de fuentes de que se dota. Nuestra constitución ha formulado expresamente la dignidad humana, cuyo significado relacional con los derechos según lo dispuesto en el art. 10.2 CE remite a la DUDH; y su nota jurídica distintiva consiste en declarar que la dignidad humana es *inherente* a la especie humana y a cada uno de sus miembros. Para su alcance nos remitimos a lo indicado *supra*. Se trata de un dato de extrema importancia pues la interpretación de tal enunciado posee, respecto de un derecho fundamental concreto, un limitado alcance en la medida en que no cabe una interpretación de la dignidad humana *contra* la configuración del derecho fundamental constitucionalmente proclamado. Un límite siempre a tener presente pues el único modo de asignar contenido a nuestra dignidad constitucional consiste en su identificación a partir de los contenidos de los derechos que le son inherentes: una servidumbre con origen en la relación dignidad humana-derechos humanos concebida en las declaraciones analizadas y asumida de plano por la CE. No se le ocultará al lector el evidente riesgo de redundancia en tal cadena argumental.

La segunda se refiere a la intensa exposición del ordenamiento y la doctrina constitucional españolas al paradigma alemán dignidad humana-derecho fundamental de la Constitución de la República Federal. De nuevo no cabe cuestionar la aportación de la dogmática alemana al artículo 10 CE ni al uso que de esa construcción se ha hecho por el TC español. Pero esa traslación no se ha desprendido de algunos usos que no operan en nuestro ordenamiento al modo como lo hacen en el original alemán. Dejaremos a un lado el interminable debate que la naturaleza asignada en el art. 1 *BV*

³² «Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». Preámbulo de la DUDH. También en el Preámbulo y art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

Pero posición mucho más contenida y matizada en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2000). Preámbulo, arts. 1 y 31.

a la dignidad humana y a su posición jurídico-normativa suscita permanentemente en aquél país. En ella se proclama, art. 1.1, que la dignidad humana es intangible (*unantastbar*), e impone por tanto a todo poder público una obligación de respeto y protección. De donde se sigue, art. 1.2, en lógica no totalmente evidente, que el pueblo alemán reconoce los derechos humanos inviolables (*unverletzlichen*) e inalienables (*unveräußerlichen*), términos como se ve distintos al que caracteriza a la dignidad. La dignidad no es por tanto meramente inviolable e inalienable, calificativo utilizado en cambio para los derechos *humanos*. Finalmente establece, art. 1.3, que los derechos *fundamentales* enumerados a continuación constituyen derecho directamente aplicable vinculando a los tres poderes³³. Se trata de una taxonomía extremadamente cuidada en términos dogmáticos en donde dignidad humana, derechos humanos y derechos fundamentales poseen entre sí una relación que, en todo caso, bordea el postulado. Ahora bien esta relación entre los tres enunciados encadenados, no lo es de continuidad lógica ni material: simplemente *debe haber* relación, en una forma que evoca los problemas ya evidenciados en la DUDH. Y sólo mediatamente, a efectos hermenéuticos, los derechos fundamentales pueden ser *interpretados* acudiendo a la dignidad humana y a los derechos humanos *inherentes*. Dicho en breve, los derechos fundamentales *valen* en cuanto constitucionalmente declarados y en los términos en que lo son pero, al tiempo, están expuestos a actuaciones hermenéuticas *ad hoc*. En nuestra Constitución la dignidad humana no se configura como intangible sino como *uno de los fundamentos* del orden político y la paz social, junto a otros equiparados en posición y significación en el art. 10.1. El TC español ha asumido, por vía de interpretación con apoyo en la DUDH, que la dignidad humana es *inherente* a la especie humana y a cada uno de sus miembros lo que, en la actualidad, constituye como vimos un patrón universal, aunque sin contenido predeterminado, como pago a la ambición del nexo que propone. De este modo la dignidad humana no compone, por tanto, entre nosotros, una invocación valorativa específica sino un componente estructural de legitimidad del sistema político en tanto que fundamento. El constituyente sí recogió en cambio en el art. 10.1 una indicación de contenido *inverso* al declarar que determinados derechos públicos subjetivos poseían una relación coesencial con la dignidad humana asignada por el constituyente mediante la calificación de tal vínculo como *inherente*. Por tanto, este término, usado implícitamente al asumir el postulado universal de la dignidad humana de acuerdo a la DUDH, adquiere una segunda función de significado, ahora mediante formulación expresa en el texto constitucional, al definir la naturaleza de la relación entre determinados derechos y la dignidad humana como coesencial. Dicho de otro modo, la relación dignidad humana-derechos *inherentes* es, en la CE de 1978, concreta y delimitada. A diferencia del nexo, bastante más complejo, gradual y sofisticado construido en el

³³ «Art. 1. (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable».

art. 1 BV. Nuestra dignidad humana no *irradia* en el sentido y términos del *unantastbar* alemán. O no debería quizá poseer tanto fulgor.

Finalmente, y en tercer lugar, el seguimiento obligado por nuestra ratificación del Convenio de Roma y el sometimiento a las decisiones del TEDH no ha ayudado mucho en el concreto aspecto que tratamos. A diferencia de las constituciones alemana y española, en donde el ordenamiento se estructura sobre la dignidad humana como eje vertebrador del sistema de derechos constitucionales, el Convenio de Roma ha seguido un camino inverso a la búsqueda de una dignidad ausente en su texto de cabecera. Con la excepción de una oblicua mención en el Protocolo núm.13³⁴, la corte de Estrasburgo persiguió el descubrimiento de la dignidad humana mediante sucesivas catas en un texto que ni la formula ni la presupone y que tiende a encontrar con ocasión de enfrentar, como decimos, *casos difíciles*³⁵. El TC español se ha visto así sorprendido de forma inesperada por interpretaciones de la relación derecho-dignidad humana que comprometen o fuerzan las del ordenamiento nacional propio, surgido de un compromiso constituyente dignidad humana-derecho fundamental de alcance y naturaleza muy otro pero, desde luego, mucho más concreto y delimitado que el surgido de la práctica pretorial de la Corte europea. El TC ha aceptado de plano este acelerado *aggiornamento* de la Corte europea, muy recientemente en FJ. 5 C) b) v)/19/2023, señaladamente al hilo de *Mortier*.

Con tan creativa práctica el TEDH está sacando a la luz un asunto vidrioso. Si como es el caso acude a la dignidad humana en determinados supuestos y sólo en relación con determinadas estipulaciones del Convenio, se abren dudas de difícil respuesta en un asunto delicado y quizá por ello eludido. Quizá todos los derechos del Convenio no estén basados en la dignidad humana y quizá no toda violación de un derecho fundamental suponga necesariamente lesión de la dignidad humana inviolable³⁶. Estas preguntas sobre el alcance de la coesencialidad que parecen conllevar en el sistema de Estrasburgo sin perjuicio o daño constituyen a cambio un auténtico agujero negro si planteadas en un ordenamiento estatal dotado de un sistema de derechos fundamentales. Y fuerza a afrontar la gestión de un problema inquietante: cómo conllevar una relación *inherente* en la que uno de los términos no posee un contenido material concreto, sino tan sólo una capacidad para poner en tensión el contenido concreto de cada uno de los derechos fundamentales reconocidos; cómo inferir en qué casos existe o no y en qué grado tal relación de inherencia y, en los casos en que exista, cómo graduar la intensidad del nexo y traducirlo en niveles de potencialidad herme-

³⁴ Protocolo núm. 13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia. Vilnius, 03.V.2002:

«Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Protocolo, Convencidos de que el derecho de toda persona a la vida es un valor fundamental en una sociedad democrática, y de que la abolición de la pena de muerte es esencial para la protección de este derecho y el pleno reconocimiento de la *dignidad inherente a todo ser humano*...».

³⁵ Primera ocasión de argumentación en base a la dignidad en *Tyrer vs. Uk*, 25-IV-1978, en un tema de castigos corporales en centros educativos.

³⁶ Jean-Paul Costa, «Human Dignity in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», en *Understanding Human Dignity*, cit., p. 402.

néutica. Aquí cada corte constitucional no ha hecho sino lo correcto: construir su propio ingenio relacional dignidad humana-derecho fundamental. También, claro, el TC español.

1. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LA DIGNIDAD HUMANA

Nuestro ordenamiento constitucional, por razones obvias, ha recibido la dignidad humana como un producto heredado, resultado de un proceso de formación ajeno que para nosotros data del acto constituyente de 1978. La dignidad humana incorporada al texto constitucional supuso una novedad radical en el derecho y todavía más en la cultura jurídica española³⁷. Hasta el punto de que la dignidad del art. 10.1 CE sigue sin disponer, tras casi medio siglo, de acepción específica en el DRAE³⁸.

La dignidad constitucional arribará en breve al medio siglo de inserción con unos efectos ordinamentales reconducibles a dos que podemos calificar como de carácter fundamentante: de un lado por la tensión que impone una invocación de la dignidad en los términos del 10.1 en una constitución normativa. De otro porque, al igual que sucede con algún otro de los componentes del precepto, induce un determinado modo de concebir el equilibrio institucional crucial en un estado de derecho entre legislador y juez³⁹.

En términos generales las líneas básicas, o manual de uso, de la dignidad humana no han cambiado gran cosa desde la primera y excelente aportación de Jiménez Campo, cuya taxonomía y pautas seguiremos en lo esencial. Con las adecuaciones del caso, asoman en sus consideraciones los problemas básicos detectados tanto en la teoría como en la práctica constitucional en otros ordenamientos así como en la dogmática⁴⁰.

Describiremos brevemente a continuación las características y tendencias más destacables en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, verificando las continuidades o variaciones experimentadas en el cuadro descrito por Jiménez Campo a finales de la primera década de 2000.

³⁷ A efectos puramente documentales deben mencionarse dos alusiones en dos documentos de la Dictadura. El Fuero del Trabajo, de 9 de marzo de 1938 (BOE, 10 de marzo), de sentido y significado corporativista y fascista: «2 —Por ser esencialmente personal y humano, el trabajo no puede reducirse a un concepto material de mercancía, ni ser objeto de transacción incompatible con la dignidad personal de quien lo preste».

Un significado fascista más riguroso en el Fuero de los Españoles de 18 de julio de 1945, BOE de la misma fecha, «Artículo primero.— El Estado español proclama como principio rector de sus actos el respeto a la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana, reconociendo al hombre, en cuanto portador de valores eternos y miembro de una comunidad nacional, titular de deberes y derechos cuyo ejercicio garantiza en orden al bien común». También, en redacción similar al art. 2 Fuero del Trabajo, art. 25 Fuero de los Españoles.

³⁸ Salvo lo indicado *supra*, en el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, DEPJ.

³⁹ Javier Jiménez Campo, «Artículo 10.1», *Comentarios a la Constitución Española*, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dir.) y María Emilia Casas Baamonde (dir.), Madrid: BOE, Tribunal Constitucional: Wolters Kluwer: Ministerio de Justicia, 2008, p. 178.

⁴⁰ Sobre la importancia de separar el análisis dogmático de la práctica constitucional, recientemente Jacob Weinrib, *The constitutional significance of human dignity: what exactly?* (a. 12-4-2024).

2. DIGNIDAD *INHERENTE*

El juez constitucional se ha enfrentado, al igual que otros, a la dificultosa gestión de un enunciado «cuya falsabilidad queda excluida»⁴¹. Esta forma de resolver la inserción de una proclamación de tal alcance en un entorno jurídico-normativo ya vimos que acompaña a la dignidad humana desde el comienzo de su invocación con pretensiones de universal. En el entorno del derecho internacional de las declaraciones se optó por eludir la falsabilidad mediante el recurso al término *inherente* siguiendo ciegamente la reflexión de Schopenhauer que encabeza estas páginas. La dignidad humana, por inherente, no necesitaba de justificación atendida su coesencialidad con la idea de persona humana. En puridad, como también vimos, no era tanto una declaración de incapacidad de afrontar una explicación legitimatoria cuando la de encontrar *una* que fuera satisfactoria para todas las partes —altas partes— involucradas. Pero la *inherencia* de la dignidad humana se verá inevitablemente prolongada en su *conexión* con los derechos humanos y, en sede constitucional, con los derechos fundamentales. Esta secuencia de *inherencialidad* es, como cabrá imaginar, una auténtica fosa abisal si transitada por jueces constitucionales.

De este modo el juez constitucional se encontrará con una dignidad inherente y con un sistema de derechos fundamentales —no humanos— lo que es evidentemente cosa muy otra, que poseen una relación no determinada —por imposibilidad de precisión— pues su contenido permanece difuso; aunque goce de la condición de inherente.

Un asunto este de la inherencia que nos lleva a otra dificultad. En la Constitución de 1978 la dignidad se define como *fundamento* del orden político y la paz social, también por ello del ordenamiento jurídico mismo. No es por tanto infundado deducir que el constituyente usa el término fundamento como origen de legitimidad del acto estatal de imposición de la violencia legítima, junto a los otros componentes allí señalados que, por ello, integran un todo como condición de uso hermenéutico. Pero la práctica jurisdiccional ha asignado a esta dignidad una naturaleza y una función imprecisa, desmedida a veces, y siempre al amparo de la inherencia, condenada así a una función de profilaxis hermenéutica llegado el caso.

3. LA DIGNIDAD *PRINCIPIO*

De nuevo en línea con lo sucedido en otros ordenamientos, a los que el TC español no ha dejado nunca de mirar de reojo, se ha optado por una cierta aproximación a configurar la dignidad humana como *principio*, aunque veremos que sin cerrarse a otras posibilidades; en otras ocasiones se ajustará a lo que la norma indica, es decir, a la función de fundamento que da coherencia al texto constitucional en plenitud. Pero, víctima de su inherencia y ayuno de más precisiones, el devenido principio siempre mantiene la duda abierta de su consideración como principio material dotado de un

⁴¹ Jiménez Campo, cit., p. 178.

determinado contenido; o como principio formal⁴². En puridad, el TC ha oscilado entre ambas opciones aunque con clara primacía, sobre todo inicialmente, del contenido material o sustantivo⁴³. Pero en alguna ocasión ha ensayado con desigual fortuna y escasa regularidad una *huida* hacia una acepción formal de la dignidad humana del art. 10.1 CE. Pero lo cierto es que en los últimos años el TC ha iniciado una línea de deterioro conceptual de la dignidad humana en su contenido sustantivo al asociarla al honor, en lo que podría quizá verse como recuperación de una acepción históricamente vinculada a la vieja sociedad estamental, acepción registrada —esta sí— en el DRAE: dignidad como reconocimiento social y hasta indicación de rango. Es difícil no llegar a esta conclusión ante la reiteración de una argumentación en donde honor y dignidad humana quedan equiparadas. «En los demás casos relativos al honor y a la dignidad de la persona, *que no son una presunción sino una cualidad consustancial inherente a la misma*, serán los derechos consagrados en el artículo 18 CE los que, por la vía del recurso de amparo, habrán de ser preservados o restablecidos». El uso retórico tiene aquí un alcance cualitativamente distinto⁴⁴.

La asignación de una naturaleza principal, desde su expresa denominación de fundamento del orden jurídico político pero también de la paz social es extremadamente problemática y, quizá por ello, escasamente precisada por la doctrina constitucional. Que la dignidad sea un principio fundamentador del ordenamiento parece razonablemente aceptable a la vista incluso de la ubicación del precepto que la proclama, pero ya resulta más dificultoso su tratamiento como principio en el sentido técnico-jurídico, como norma con una determinada estructura de mandato que distinguimos de las reglas jurídicas. Ello resulta incongruente en lo que se refiere a su función respecto de los derechos que ya le son inherentes (los inviolables) y en relación con la cual no se ve cuál podría ser la función de una norma principal.

A su vez, el propio juez constitucional moteja a la dignidad humana con una gama de términos que definitivamente disuaden del empeño principal desencadenando un vaciado de la norma ya advertido como riesgo por Jiménez Campo. El TC mantiene el uso del término principio para referirse a la dignidad humana hasta hoy pero siempre expuesto a apelativos distintos y variados que erosionan sensiblemente esta pretensión principialista. Última de modo reiterado en STC 19/2023, en la que también se le invoca como fundamento, 5 C).b)/19/2023.

⁴² *Ibidem*, p. 179.

⁴³ Máximo compromiso con esta acepción de la dignidad-principio en 8/53/1985, en donde no es difícil entrever una mezcla entre el imperativo kantiano y una cierta orientación en el contenido concreto. Similar en 7/192/2007. Una consideración que será evocada en otros pronunciamientos pero ya en el terreno de la retórica en su diversa gama.

⁴⁴ Este nexo se configura al hilo de la recepción de la doctrina del TEDH sobre la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, 3/166/1995. Argumentación que volverá a emerger en 2/244/2007 y 4a)/133/2018. Finalmente idéntica argumentación fielmente reproducida ha adquirido nueva consistencia en una serie de pronunciamientos de repetición de idéntica posición del TC al hilo de una serie de pleitos en los que se ventilaba de nuevo la indicada dimensión extraprocesal. Así SSTC 8.3/91/2021, 8.3/106/2021, 9.3/121/2021..., última detectada 10.5.3/46/2022. *Énfasis añadido*.

Este principio, ya líquido, convive como decimos con designaciones más contundentes. Así seguimos viendo pronunciamientos en donde se le invoca como un valor superior, que no lo podrá ser del ordenamiento, que sólo se identifica con cuatro según el art. 1 CE. Última, 2-1-2024, «[...] supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana [...]»; idéntico supuesto enjuiciado e idéntica afirmación en 3/124/2022 en una línea larga, 3/224/2007 y más allá. En algunos casos parece evidente que el calificativo de superior no hace referencia a la taxonomía del art. 1 CE sino a su importancia valorativa: una suerte de invocación de un contenido *sustantivo y superior* al derecho positivo que pareciera proponer la imposición de su valor prejudicial como regla hermenéutica máxima. Pero esta circunstancial, aunque frecuente, huida del principio hacia los terrenos del valor, nunca abandonada en la doctrina constitucional, supone una renuncia a su reconocimiento como principio, es decir, como norma que por sí o con otras concretan y determinan su esencial abstracción y generalidad⁴⁵.

Concluyamos pues que si la dignidad humana debe ser considerada como un principio jurídico, la doctrina constitucional está encontrando serias dificultades para lograrlo.

4. LA DIGNIDAD RETÓRICA

La retórica constituye una capacidad o pericia de los seres humanos consistente en expresar ideas mediante el lenguaje de tal modo que pueda ser comprendido por el interlocutor con la mayor calidad y precisión atendida la competencia del emisor. Por tanto, no es cosa de la que deba prescindirse sino muy al contrario. Desde Grecia al menos, sin retórica no hay deliberación. Ahora bien, cuando la argumentación expuesta gira sobre sí misma y no construye una decisión lógica-racional, entonces el asunto torna de naturaleza. Tal sucede cuando la retórica es impropia e intempestiva hasta alcanzar ese otro significado despectivo.

En el uso jurídico de la dignidad humana desembarazarse de la retórica es tarea improba, aun por firme que sea la determinación de quien lo intenta. Lo es en primer lugar porque la propia fundamentación de la dignidad humana —en su expresión jurídica— es retórica si atendemos al designio original de un contenido *in fieri*. Es igualmente retórica, por más que explicable, la concepción constitucional de la dignidad humana en la BV como un «derecho absoluto», que no puede ser visto sino como un acto retórico máximo, quizá a la búsqueda del énfasis supremo.

Todo ello nada dice de la eficacia de esa misma retórica en las luchas históricas por las libertades o en los deseos de las concepciones ideológicas y políticas que sitúan a la dignidad humana en el centro de sus proyectos y propuestas. Ahora bien, en el terreno jurídico del derecho positivo, el riesgo retórico es inevitable cuando como estamos viendo valor y norma se entremezclan. El valor de la dignidad, del principio si se quiere, no hace sino perseguir un imposible: confinar un electrón libre. Y es evidente que no

⁴⁵ Jiménez Campo, cit., p. 179.

disponemos de una capacidad retórica que nos preserve del riesgo de vaciado jurídico de un término tan comprometido en un entorno ordinamental.

5. DIGNIDAD HUMANA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

El enunciado del art. 10.1 CE alinea una serie de materiales de distinta naturaleza equiparados en su función de fundamentación del orden político y la paz social. Sobre este suelo el precepto destaca una relación de inherencia entre derechos «inviolables» y dignidad humana, una segunda coesencialidad tras la dignidad inherente. De nuevo una expresión que, a falta de mayor precisión, cabrá aplicar en todo caso a los derechos fundamentales declarados como tales en la Constitución, aunque quizá también a otros, pues si bien se mira la inviolabilidad forma parte de la categoría misma de derecho subjetivo.

Sin embargo, la relación que pueda existir entre dignidad humana y un derecho fundamental concreto es cosa que no resulta clara ni fácil, pues una relación de inherencia posee carácter exhaustivo. El TC sin embargo recurre a la dignidad humana como un *shibboleth* hermenéutico al sostener que los derechos fundamentales son «proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona» (4/79/2023, con cita de 5 d)/18/2020). Nada como se ve muy distinto de la dignidad «como valor espiritual y moral inherente a la persona» (8/53/1985 y 7/192/2007 entre muchas).

De modo que se parte de una relación de dificultoso manejo. Porque si, de un lado, carecemos de una identificación cierta del contenido que esporádicamente el juez de la ley ha ido indicando como propio de la dignidad humana constitucional, disponemos en cambio de un contenido y objeto ciertos de los derechos fundamentales que le son inherentes. Resulta así que nos encontramos con una relación asimétrica, que indica que los bienes jurídicos protegidos por los derechos fundamentales proclamados son *contenido material* de la dignidad humana *via* inherencia. Ello nos permitirá, siquiera indirectamente, construir un espacio de dignidad inferido. Sin embargo, no es cierta la inversa, nada nos permite inferir de esta dignidad inconcusa materiales hermenéuticos que ayuden a concretar, a ciencia cierta, los derechos fundamentales configurados.

Sin embargo, el uso de la dignidad humana por nuestra corte constitucional se ha centrado precisamente en acudir a ella asignándole contenidos implícitos dirigidos a salir del brete; pero también simplemente a incorporar una suerte de refuerzo retórico a una decisión ya argumentada. Mediante varios modos y sistemas.

Muy en primer lugar, mediante el desarrollo y consolidación de lo que podríamos denominar el estándar argumental de la *conexión* en la fundamentación de un sinnúmero de decisiones en donde el TC asume definitivamente la existencia de una *conexión* entre dignidad humana y derecho o derechos fundamentales en juego, en indudable ejercicio de traslación de una estructura argumental del *BVerfG* que no parece que pueda prestarse en nuestro caso a función similar⁴⁶. Digamos que «conexión» significa una cosa e «inherencia» otra.

⁴⁶ La gama de expresiones es sin embargo variada, en *conexión con* la..., *estrechamente relacionado* (o en *estrecha relación*) con..., *íntimamente vinculado con*...

En el caso alemán la dignidad es, recuérdese, intangible, no meramente inviolable; se trata, en afirmación dogmáticamente comprometida según dijimos, de un *derecho absoluto*⁴⁷. La conexión, por lo demás expuesta a críticas doctrinales pero mucho menos utilizada por la corte alemana que por la española, poseería sin duda mucho más sentido, fundada como está en una relación de jerarquía jurídica entre un derecho intangible y una lista de derechos inviolables. Pero no es ese nuestro caso.

Entre nosotros la dignidad humana no es un derecho, ni un valor, ni un principio en sentido técnico jurídico, sino fundamento —parcial— de un «designio general de legitimación del ordenamiento»⁴⁸. Ello nada dice de su eventual utilidad en la fundamentación de decisiones que las hay, pero sí en el sentido de alertar sobre esta suerte de *cluster* en donde la dignidad humana, desde la aceptación de un contenido material virtualizado, sirva a aventuras contramayoritarias, cuando no al debilitamiento —o recreación— de la configuración constitucional de un derecho fundamental concreto en un *caso difícil*⁴⁹.

El riesgo de uso de la técnica de la conexión en el ordenamiento constitucional español se plasmó finalmente en la argumentación desarrollada en SSTC 236/2007, 17/2013 y 139/2016, todas ellas en materia de extranjería, en donde la dignidad humana no sólo acredita una conexión con una serie de derechos fundamentales sino que, en confesión de fe de sustantividad del concepto de dignidad humana, se alcanza a establecer una medición de *intensidad* de la relación entre ella y los derechos fundamentales involucrados como clave decisoria en el reconocimiento de derechos fundamentales a personas extranjeras.

Lo cierto es que en determinadas ocasiones y de modo cada vez más nítido, la argumentación constitucional que correlaciona dignidad humana y derecho fundamental evoca la ciencia de la astrología, pues a veces no se sabe si estamos ante una relación de conexión o más bien ante un sistema de orbitación.

⁴⁷ Excelentes páginas sobre alguno de los problemas que se plantean en Alemania en Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, 2005, Madrid: Marcial Pons, pp. 25-58). También Grimm, cit.

⁴⁸ Jiménez Campo, cit., p. 179.

⁴⁹ Pero en otros casos se da un uso argumental correcto de la dignidad humana. Así 5/147/2002, sobre el derecho a la personalidad jurídica de todo ser humano. Aunque también hay casos desaprovechados, 214/1991, 13/2001, 59/2008. (Jiménez Campo, cit., p. 182).

PROTECCIÓN DE DATOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN PERSPECTIVA EUROPEA*

GREGORIO CÁMARA

Catedrático emérito de Derecho Constitucional

I. Introducción

Internet, las nuevas tecnologías de la comunicación y la información y de manera singular la Inteligencia Artificial, están revolucionando el mundo con grandes transformaciones interrelacionadas que se proyectan exponencialmente hacia el futuro, sin vuelta atrás. Este nuevo escenario y su impacto sobre los derechos fundamentales no puede verse solo desde una perspectiva negativa como tantas veces se hace, porque muchos de los cambios que producen los sistemas inteligentes también presentan la cara positiva de nuevas oportunidades de replanteamiento, avance, desarrollo y mejora en muy diversos ámbitos de nuestras sociedades abiertas. No obstante, esta tecnología conlleva riesgos que pueden ser tan intensos como susceptibles de resultar inaceptables desde perspectivas éticas, jurídicas y políticas a la vista de ciertos usos que de ella se hacen o podrían hacerse con vulneraciones de derechos y libertades fundamentales y efectos altamente nocivos para personas, grupos, sociedades o, más allá incluso, para el devenir de la humanidad. Evidentemente no es la tecnología en sí y por sí misma la que puede producir tales riesgos y vulneraciones, sino su diseño y capacidades junto con su orientación y explotación por quienes tienen el poder de crear los sistemas inteligentes y dirigirlos a la satisfacción de ciertos fines e intereses: las propias compañías tecnológicas y los grandes agentes económicos, financieros y políticos de nuestro globalizado mundo, al servicio de objetivos económicos, ideológicos y políticos generalmente imbricados entre sí.

En la actualidad proliferan sistemas inteligentes muy diferentes y con distintos niveles de autonomía¹, cada vez más sofisticados y eficaces, algunos con capacidades

* Esta contribución se ha elaborado en homenaje a Javier Jiménez Campo, admirado y querido amigo y compañero, cuya talla humana e intelectual, así como la profundidad de sus análisis y aportaciones —no solo como constitucionalista— son motivo de inspiración para quienes nos dedicamos al oficio de investigar y enseñar en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas en el marco del Estado social y democrático de Derecho.

¹ Según la definición que emplea el Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, un sistema de inteligencia artificial es el «diseñado para funcionar con un cierto nivel de autonomía y que, basándose en datos de entradas proporcionadas por máquinas o por personas, infiere cómo lograr un conjunto de objetivos establecidos utilizando estrategias de aprendizaje automático o basadas en la lógica y el conocimiento, y genera información de salida, como contenidos (sistemas de inteligencia artificial generativos), predicciones,

de aprendizaje profundo, generativa y de autoevolución para la realización de una multiplicidad de tareas, cuyas funciones incluyen generación de contenidos y realización de predicciones, recomendaciones y adopción de decisiones en muy diversos ámbitos tanto en el sector privado como en el público. La capacidad de construir modelos con la información de entrada de datos y realizar inferencia a partir de estos modelos es una de las características principales de los sistemas de IA que los distinguen de otros sistemas de *software* más básicos y sencillos. Los algoritmos y el *software* que la hacen posible son alimentados con enormes cantidades de datos procedentes de múltiples fuentes (incluso recabados *de facto* en muchos casos en el sector privado de manera oculta o con deficiente información o desconocimiento de los afectados) de los que se obtienen «metadatos», convirtiendo estas operaciones en conocimiento y posibilidades predictivas —y, por tanto, también de explotación— en muchos campos, algunos de ellos todavía ignotos o que no están regulados específica o suficientemente, o que se utilizan rozando la ilegalidad, o de manera abiertamente contraria al ordenamiento jurídico.

Ante este escenario, los derechos y libertades fundamentales que más afectados pueden verse por el empleo de esta tecnología son el derecho a no sufrir discriminación de ninguna clase; la libertad personal entendida en sentido amplio; el derecho a un juicio justo y a la tutela judicial efectiva; la intimidad y los datos personales; las libertades de expresión, información, creación artística y científica; los derechos de reunión y asociación; la libertad sindical y el derecho de huelga; los derechos y prestaciones sociales (educación, sanidad, prestaciones por desempleo, enfermedad, jubilación...); los derechos electorales y de participación política; y las libertades de pensamiento, conciencia y religión, entre otros².

Por esta razón el horizonte se presenta con tonos ciertamente inquietantes. Vivimos en un mundo en el que los poderes estatales democráticos ya no tienen la capacidad de garantizar en toda su dimensión la efectividad de sus respectivas normas constitucionales ni disponen todavía de un cuerpo normativo suficientemente adaptado y coherente ni de protocolos exigentes de control ante esta nueva realidad. Las normas constitucionales, de un lado, no han podido adaptarse todavía al ritmo vertiginoso del avance imparable del mundo digital y, salvando determinados logros puntuales mediante la interpretación que realizan las cortes superiores internacionales y nacionales en algunos casos, sus textos siguen anclados por referencia al mundo analógico en el que surgieron. De otro lado, hasta el presente no ha existido suficiente legislación específica

recomendaciones o decisiones, que influyan en los entornos con los que interactúa» (Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, art. 3.3).

² *Algorithms and Human Rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*. Preparado por el *Committee of Experts on internet intermediaries (MSI-NET)*, Council of Europe Study DGI (2017) 12, en especial, pp. 10-32. (<https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>, visitado el 13-01-2034). Para un desarrollo de todos estos aspectos en sus respectivas peculiaridades, véase Miguel Ángel Presno Linera, *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Madrid, Marcial Pons y Fundación Manuel Giménez Abad, 2022.

en muchos de los ámbitos en los que se despliega la acción e intermediación de la IA, y la existente no es completa. Las constituciones y la legislación necesitan actualizarse con urgencia conforme a un nuevo paradigma para adaptarse al universo digital de nuestros días. Es necesario que contemplen una regulación efectiva de ese universo, dotando a los algoritmos que sustentan y emplean los sistemas inteligentes de la plena coherencia normativa con los principios, valores, libertades y derechos fundamentales propios del Estado constitucional de Derecho, reevaluando y adaptando las garantías que los protegen para que puedan ser reales y efectivos en el mundo de hoy³. No se trataría a mi entender, como a veces se plantea, de un nuevo constitucionalismo sino de un constitucionalismo renovado —una vez más en su amplio devenir histórico— con la introducción sistémica, hoy necesaria, de los derechos digitales nacidos precisamente de la esencia del constitucionalismo como nueva generación de derechos ante la consolidada y cada vez mayor integración entre lo digital y lo real⁴.

La posición que ocupa en este escenario el derecho a la protección de datos de carácter personal presenta una crucial y especialísima importancia. La obtención de datos de este carácter, su tratamiento, explotación y control, convierten a este derecho en transversal para hacer también posible la protección de los demás derechos y libertades debido a la instrumentalidad de la que es necesariamente portador ante la omnipresencia y magnitud de los datos que alimentan tales sistemas inteligentes y su dinamicidad global. Adoptando una idea de Javier Jiménez Campo que, aunque expresada en otro contexto, es sugerente para el que estamos considerando, el derecho fundamental no es una realidad en la que solo resuena el eco de los valores sino «la voz de la tradición jurídica que interpela al presente»⁵. La interpelación jurídica al presente de un derecho que comenzara prefigurándose constitucionalmente como autónomo de la privacidad en tanto protegía del «uso de la informática» mediante limitaciones legales (como refleja el art. 18.4 CE), es del todo necesaria por la evolución de este derecho ante la extraordinaria complejidad del nuevo escenario antes apuntado. Esta interpelación justifica la pretensión de este breve texto: dirigir una mirada general y evaluativa acerca de la situación en que nos encontramos y cómo se está desarrollando la norma-

³ Véase, para un desarrollo tan preciso como elocuente de esta perspectiva, la obra de Francisco Balaguer Callejón, *La Constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2022. Sostiene el autor que: «La constitución del algoritmo es una forma de analizar la realidad digital desde la perspectiva de las rupturas que está generando y que tienen una dimensión constitucional. Es también un modo de proponer soluciones que permitan mitigar esas rupturas y facilitar una respuesta constitucional para “constitucionalizar el algoritmo” en el sentido de promover una mayor coherencia de los algoritmos con los principios y valores constitucionales, pero también para “digitalizar la constitución”, actualizándola y adaptándola a las nuevas condiciones de la era digital» (p. 7). Igualmente, Miguel Ángel Presno Linera, *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, especialmente Capítulo III, pp. 83 y ss. También Juan Francisco Sánchez Barrilao, «Derecho constitucional, desarrollo informático e inteligencia artificial: aproximación a la propuesta del Parlamento Europeo a favor de una regulación sobre robótica», en Javier Valls Prieto (coord.), *Retos jurídicos por la sociedad digital*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2018, pp. 21-76.

⁴ Simonetta Trozzi, «Il principio della finalità del trattamento dei dati personali alla prova dei recenti sviluppi in tema di intelligenza artificiale: il caso ChatGPT e la neuroprivacy», *federalismi.it*, ISSN 1826-3534, núm. 1/2024, pp. 200 y ss.

⁵ Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 53.

tiva sobre protección de datos en el ámbito europeo, tanto en el internacional regional del Consejo de Europa como en el supranacional de la Unión Europea en su ínsita interacción propia de un sistema multinivel y su carácter vinculante para los ordenamientos internos de los Estados que respectivamente los integran.

II. Perfiles del derecho a la protección de datos de carácter personal en el Consejo de Europa ante las nuevas tecnologías y la IA

En el ámbito internacional regional europeo, salvando por razones de espacio la consideración de las iniciales y diversas resoluciones y recomendaciones del Comité de Ministros desde principios de los años setenta del pasado siglo en materia de protección de datos para promover la elaboración de legislación nacional⁶, la referencia central y fundamental la constituye, como es conocido, el *Convenio 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*. Todos los Estados miembros de la Unión Europea han ratificado este venerable Convenio, que está abierto a la adhesión de otros Estados no miembros del Consejo de Europa⁷. Cabe apreciar la importancia de esta normativa considerando algunos de sus elementos centrales, sin duda avanzados para la época en la que fue configurada, siendo desde entonces firme basamento para ulteriores desarrollos, y no solo en países europeos. Según el Convenio, los datos objeto de tratamiento, para que sean de calidad, han de ser obtenidos y tratados leal y legítimamente; se registrarán solo para finalidades determinadas e igualmente legítimas, principio primario y cardinal para la justificación, legitimación y control de cualquier registro de datos y tratamiento; han de ser adecuados, pertinentes y no excesivos de acuerdo con las finalidades para las que hayan sido registrados; tienen que ser exactos y actualizados; y han de conservarse de tal manera que permita la identificación de las personas concernidas durante un período de tiempo que no exceda del necesario para las finalidades para las cuales se hayan registrado. Contempla, además, los derechos que asisten a cada persona ante la obtención y tratamiento de sus datos, especificando las categorías particulares de algunos de ellos que exigen una garantía adecuada de especial protección, esto es, los datos sensibles que más directamente pueden afectar a la dignidad o al ámbito de autonomía y libre desarrollo personal: origen racial o étnico, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o de otra clase, datos genéticos y biomédicos, de salud, los relativos a la vida u orientación sexual y antecedentes penales.

Aunque vinculante para los Estados que lo hayan ratificado, no está sujeto específicamente al control judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH),

⁶ Remitimos al *Manual de legislación europea en materia de protección de datos*, edición de 2018, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019, pp. 27 y ss.

⁷ Lo han ratificado todos los Estados miembros del Consejo de Europa más Uruguay (el primero en adherirse en 2013), la Federación Rusa (2013), Mauricio y Senegal (2016), Túnez (2017), México y Cabo Verde (2018), Marruecos y Argentina (2019) (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty=108>).

pero es tomado ampliamente en consideración en su jurisprudencia en el marco de la protección de la vida privada que dimana del art. 8 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH). Sus sentencias hacen referencia a cuestiones como la recopilación y uso de datos personales, la búsqueda e incautación de datos personales, incluyendo correspondencia, seguimiento de correspondencia en prisión, datos personales relacionados con la salud, acceso, supresión y destrucción de datos personales, interceptación de comunicaciones y datos, vigilancia en el lugar de trabajo y vigilancia masiva⁸. En definitiva, el TEDH reitera que la protección de los datos personales, en sus diversas facetas, reviste una importancia fundamental y decisiva para que una persona disfrute de su derecho al respeto a su vida privada y familiar.

Supone un notable paso adelante que en 2018 se produjera la apertura del Tratado sobre el *Protocolo por el que se modifica el Convenio para la Protección de las Personas en lo que respecta al Tratamiento Automatizado de Datos Personales*, llamado *Convenio 108+ o «Modernizado»*⁹, hoy todavía en proceso de ratificación y adhesión, que persigue dos objetivos principales: reforzar su aplicación y hacer frente a los más específicos retos derivados de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación¹⁰. Debido al acervo que supone en esta materia se ha destacado el potencial que tiene el *corpus* normativo del Convenio 108 en tanto que «podría servir de base para promover la protección de datos a escala mundial»¹¹. En tanto se están adhiriendo estados no miembros del Consejo de Europa, existe un positivo proceso abierto, aunque lento, conducente a la formación de una red de países vinculados por una normativa uniforme, compartida y en continua actualización conforme a los retos que plantean las nuevas tecnologías, si bien el desarrollo tecnológico se acelera y se hace más y más complejo, yendo muy por delante y a mucha distancia de las necesarias regulaciones.

Con la interpretación amplia que del concepto «vida privada» ha venido realizando el TEDH puede decirse que, en general, ha consolidado el principio de confidencialidad para proteger cualquier tipo de datos personales, exigiendo una protección reforzada para los denominados «datos sensibles», considerando que son también datos personales tanto las imágenes como los sonidos en el caso de que contengan información

⁸ Un listado amplio de sentencias del TEDH sobre estos aspectos en *Council of Europe, Personal Data Protection, Department for the Execution of Judgements of the European Court of Human Rights. DG1. Thematic Factsheets*, September 2022. <https://rm.coe.int/tfs-personal-data-protection-eng/1680a811ea>.

⁹ *Protocolo que modifica el Convenio para la Protección de las Personas en lo que respecta al Tratamiento Automatizado de Datos Personales* (CETS núm. 223). <https://rm.coe.int/convenio-para-la-proteccion-de-las-personas-con-respecto-al-tratamiento/1680968478>. Véase un resumen de las principales novedades que incorpora en <https://rm.coe.int/modernised-conv-overview-of-the-novelties/16808accf8>.

¹⁰ En la última consulta efectuada (23-03-2024), el número total de firmas no seguidas de ratificaciones es de 15 y el de ratificaciones/adhesiones de 31. La fecha de entrada en vigor quedó fijada a partir del 11 de octubre de 2023, una vez que 38 partes en el Convenio hayan ratificado el protocolo. Hasta ahora lo han hecho 29 (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty-num=223>).

¹¹ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Manual de legislación europea en materia de protección de datos*, cit., p. 30.

relativa a un individuo identificado o identificable. Entre otros aspectos relacionados, merece destacarse su doctrina sobre la protección frente a la conservación de datos personales por los poderes públicos¹², así como la relativa a subrayar que los estados no solo tienen una obligación de abstención para no vulnerar este derecho, sino también la obligación positiva de garantizar el respeto efectivo de la vida privada¹³.

El conjunto de esta normativa y la jurisprudencia del TEDH evidencia sin duda una sólida base regulatoria sobre principios, derechos y otros elementos sustanciales sobre protección de datos con vocación de permanencia y desarrollo, pero en buena medida su cobertura normativa ha venido siendo relativamente superada en su capacidad protectora por la eclosión y el avance revolucionario de la IA en los últimos años. En el Consejo de Europa se tiene clara consciencia acerca de que esta tecnología afecta y seguirá afectando cada vez más a muchos derechos fundamentales; pero de manera particularmente intensa al derecho a la protección de datos de carácter personal en tanto que los algoritmos, sin controles todavía precisos y generalizados, «facilitan la recogida, el procesamiento y la reutilización de enormes cantidades de datos e imágenes, con el impacto que estas operaciones pueden tener en el derecho a la vida privada y familiar, incluyendo el derecho a la protección de datos...»¹⁴. Por ello se está tratando en la actualidad de poner al día nuevos desarrollos en esta materia. En este sentido, el Comité de Ministros ha previsto la adopción de un enfoque transversal de la IA, estableciendo un *Comité sobre Inteligencia Artificial* (CAI) al que se ha encomendado la puesta en marcha de un proceso de negociación internacional para la elaboración de un Convenio marco jurídicamente relevante sobre el diseño, desarrollo y aplicación de sistemas de IA fundamentado en el respeto a los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho. Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que dispone de un *Subcomité sobre Inteligencia Artificial y Derechos Humanos*, también ha señalado la necesidad de crear este marco normativo transversal sobre la IA, por lo que instó al Comité de Ministros a abordar la elaboración de este instrumento bajo los antes indicados principios y otros básicos desde una perspectiva también ética (transparencia, justicia, equidad, responsabilidad humana en la toma de decisiones, seguridad, privacidad, entre otros)¹⁵. Estas previsiones han cristalizado en la elaboración por el CAI de un proyecto sobre *Inteligencia Artificial, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho* que ha venido sirviendo de base para las negociaciones en el Comité y —debe subrayarse— para ser negociado con la Comisión Europea con vistas a sintonizar de la mejor manera con su propuesta de

¹² Como ejemplos, *Roman Zakharov c. Rusia* [GS], núm. 47143/06, 04-12-2015, y *Szabó y Vissy c. Hungría*, núm. 37138/14, 12-01-2016.

¹³ Por todas, *I. c. Finlandia*, núm. 20511/03, 17-07-2008 y *K.U. c. Finlandia*, núm. 2872/02, 02-12-2008.

¹⁴ Council of Europe, *Algorithms and Human Rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, 2018 (<https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>). Visitado el 11-01-2024).

¹⁵ El Consejo de Europa y la Inteligencia Artificial (<https://rm.coe.int/brochure-artificial-intelligence-es-march-2023-print/1680aab8e8>, visitado el 11-01-2024).

Reglamento¹⁶. Este proyecto del Consejo de Europa establece los siguientes y significativos principios regulatorios para la IA: igualdad y lucha contra la discriminación; privacidad y protección de datos personales; rendición de cuentas y responsabilidad; transparencia y supervisión; seguridad, innovación segura y consulta pública. Prevé también medidas para garantizar una indemnización por los daños causados por un sistema de IA, poniendo a disposición de los afectados mecanismos eficaces de recurso, así como otras normas relativas a la gestión de riesgos e impactos causados por sistemas de IA¹⁷.

III. El derecho a la protección de datos de carácter personal y la IA en la Unión Europea

En el ámbito de la Unión Europea existe un marco normativo muy complejo que es congenial con el apuntado sobre el Consejo de Europa, pero partiendo de la autonomía propia y específica que tiene el derecho a la protección de datos personales respecto al derecho al respeto de la vida privada en el nivel del Derecho primario de la Unión, tal como ha sido configurado en el art. 8 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (CDFUE). Su enunciado en este precepto, junto con el contenido recogido a su propósito en el artículo 16 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE), constituyen la base jurídica específica para que la Unión pueda legislar directamente sobre esta materia con la densidad necesaria, cuando precedentemente su capacidad regulatoria en este ámbito estaba más restrictivamente basada en la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales conforme a las exigencias del mercado interior para que no se limitara o se impidiera la libre circulación de datos. En su desarrollo se produjo en 2018 la entrada en vigor del *Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en el tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*, por entero coherente con el Convenio 108 del Consejo de Europa en sus elementos esenciales, aunque mucho más avanzado y complejo en sus medidas y precisiones técnicas, propias de las características específicas de la UE. Este Reglamento General —que derogó la directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo,

¹⁶ Recomendación de Decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones en nombre de la Unión Europea con vistas a un Convenio del Consejo de Europa sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho, Bruselas, 18-8-2022 COM (2022) 414 FINAL (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A32022D2349>, visitado el 11-01-2024).

¹⁷ Es preciso tener en cuenta, además, que en otro contexto pero con clara relación relevante con el Consejo de Europa, los 36 países miembros de la OCDE (38 en la actualidad), más Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Perú y Rumanía, suscribieron el 22 de mayo de 2019 una recomendación (modificada el 11 de agosto de 2023) conteniendo los principios de esta organización internacional sobre la Inteligencia Artificial en una línea coherente y complementaria con los anteriormente precisados en el marco del Consejo de Europa: crecimiento inclusivo, desarrollo sostenible y bienestar; valores centrados en el ser humano y en la equidad; transparencia y explicabilidad; robustez, seguridad y protección; y responsabilidad. Véase *Recommandation du Conseil sur l'intelligence artificielle*, OECD/LEGAL/0449 (<https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0449#mainText>, visitado el 11-01-2024).

de 25 de octubre de 1995— se dirige a garantizar en toda la Unión un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas, así como a procurar que la aplicación de las normas sea coherente, homogénea y conforme a una necesaria modernización de las medidas jurídicas de protección de datos en el marco del progresivo desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en la era digital¹⁸. Sobre las materias más destacables de este Reglamento cabe mencionar muy resumidamente, entre otras, las siguientes: a) la incorporación de principios aplicables al tratamiento de datos, a saber: licitud, lealtad y transparencia en relación con el interesado; que los fines sean determinados, explícitos y legítimos en su obtención y uso ulterior; «minimización» de los datos, esto es, que sean adecuados, pertinentes y limitados a los fines del tratamiento; exactitud y actualización de los datos; limitación del plazo de su conservación de acuerdo con los fines del tratamiento; existencia de garantías de integridad; confidencialidad y responsabilidad «proactiva» de quien esté a cargo del tratamiento; b) el establecimiento de condiciones de tratamiento de categorías especiales de datos personales, partiendo de la prohibición de aquellos que contengan datos especialmente sensibles, como antes se apuntó; c) la fijación de la privacidad y la protección de datos desde el diseño y por defecto; d) La regulación de los derechos que integran la protección de datos, que comprende los de transparencia —art. 12—, información —arts. 13 a 14—, acceso del interesado —art. 15—, rectificación —art. 16—, supresión o derecho al olvido —art. 17—, limitación del tratamiento —art. 18—, portabilidad de datos —art. 20— y oposición —art. 21—; e) la previsión de posibles limitaciones del derecho cuando, respetando en lo esencial los derechos y libertades fundamentales, puedan ser necesarias y proporcionadas en una sociedad democrática para salvaguardar la seguridad del estado, la defensa y la seguridad pública, entre otros objetivos de interés público de la Unión o de un Estado miembro; f) La instauración del criterio «one stop shop» (ventanilla única) para la reclamación de la violación de las obligaciones de protección de datos por parte de una multinacional —arts. 60 a 67—, un avance de especial relevancia protectora.

Además de la valiosa y orientadora jurisprudencia del TJUE en materia de protección de datos¹⁹, ha de tomarse especialmente en consideración en este mismo ámbito

¹⁸ Complementa a esta normativa la *Directiva (UE) 2016/68, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo*, siendo aplicable el régimen general del Reglamento cuando se traten por la autoridad competente otros datos personales con finalidades específicas diferentes a las mencionadas.

¹⁹ El Tribunal ha tenido ocasión de ocuparse de destacar la necesidad de garantizar un nivel elevado de protección de las personas físicas dentro de la Unión y se ha pronunciado, entre otros aspectos: sobre los conceptos de datos personales, tratamiento, ficheros, responsables del tratamiento y condiciones de licitud de los tratamientos; sobre el derecho a recurrir por los daños sufridos; sobre transferencia de datos a terceros países y protección de datos personales en Internet; sobre los derechos de limitación, supresión —derecho al olvido— y oposición al tratamiento de datos personales y retirada de enlaces a datos personales; sobre tratamiento de datos personales y propiedad intelectual; sobre el derecho a ser informado de la identidad de los destinatarios concretos cuando sus datos personales ya hayan sido comunicados o vayan a serlo y que esta

supranacional la *Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas*. Su objetivo es garantizar el respeto de los derechos fundamentales, señaladamente el respeto de la vida privada y familiar y los datos de carácter personal (arts. 7 y 8 CDFUE) ante el desarrollo de los mercados y las avanzadas tecnologías de los servicios de comunicaciones electrónicas y redes móviles digitales, ámbitos necesitados de disposiciones reglamentarias y técnicas muy específicas y armonizadas ante la creciente capacidad de almacenamiento y tratamiento informático de datos, con independencia de la tecnología utilizada, por los consiguientes riesgos de intrusión para las personas usuarias de estos servicios²⁰.

No obstante la importancia de estas regulaciones, el paso del tiempo ha puesto de manifiesto un notorio déficit de adecuación ante los retos específicos que plantea la IA para la protección de los datos personales, haciendo necesaria una urgente regulación propia para esta tecnología. Los datos que se recogen y tratan por determinados sistemas inteligentes ya no son solo estáticos, sino que van revelando sin solución de con-

información debe ser lo más exacta posible; sobre la ponderación con otros derechos fundamentales de conformidad con el principio de proporcionalidad; sobre el acceso a la información y el consentimiento a través de *cookies*. Dado que resultaría no ya prolijo, sino imposible, relatar cada una de las sentencias en estas materias por las limitaciones de espacio establecidas para este texto, optamos por remitir a la ficha temática elaborada sobre «Protección de datos de carácter personal» por la *Dirección de Investigación y Documentación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* en noviembre de 2021. Puede consultarse en https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-10/fiche_thematique_-_donnees_personnelles_-_es.pdf. Con posterioridad a esta fecha y hasta el momento en que se pone punto final a la redacción de este texto (finales de marzo de 2024) otras sentencias se refieren, entre otros aspectos y determinadas reiteraciones doctrinales, a las siguientes cuestiones: normas sobre responsabilidad y tratamientos ulteriores por terceros; acerca del alcance del derecho a la información al que se refiere el art. 15 del Reglamento General UE 2016; sobre los responsables de tratamiento sucesivos; sobre requisitos del derecho a indemnización por daños y perjuicios causados por un tratamiento y de aquellos que se consideran por encima de un cierto umbral de gravedad; acerca del daño moral resultante de un tratamiento ilícito de datos; sobre la aplicación coherente y homogénea de la protección de datos en todo el territorio de la Unión; acerca de los principios de limitación de la finalidad y del plazo de conservación de datos; sobre la compatibilidad del tratamiento ulterior de los datos con los fines de su recogida; acerca de los datos de registros de nombres de pasajeros; sobre información relativa al destinatario concreto o acerca de las categorías de destinatarios a los que se han comunicado los datos.

²⁰ De acuerdo con esta normativa, usuarios y abonados deben ser informados por los proveedores de servicios de las medidas que pueden adoptar para la protección de sus comunicaciones y de los riesgos de seguridad, sin que el cumplimiento de este deber de información por los proveedores les exima de adoptar a sus expensas las medidas inmediatas y adecuadas para solucionarlos y restablecer el nivel normal de seguridad. Las posibilidades de almacenamiento de datos se limitan y ajustan a los fines y tiempo necesarios para su transmisión y gestión adecuadas al servicio que se preste, debiendo garantizarse la confidencialidad. Cualquier otro tratamiento para la comercialización de los servicios por parte del proveedor debe contar con el consentimiento inequívoco del usuario una vez haya sido informado de manera plena y exacta sobre los tipos de datos y la finalidad y duración del tratamiento. Se asegura también la protección de los equipos terminales de los usuarios en las redes de comunicaciones, estando prohibido el uso de programas, identificadores u otros dispositivos ocultos que puedan acceder a información del usuario sin su consentimiento o rastrear actividades, con excepción de los llamados «chivatos» o *cookies* que tengan un propósito legítimo y su uso sea autorizado por el usuario previa información clara y precisa. Existe obligación de eliminar cuanto antes los datos de tráfico o de anonimizarlos cuando ya no sean necesarios.

tinuidad comportamiento cotidiano evolutivo de las personas en numerosos aspectos, incluso en aquellos que aparentemente —pero solo aparentemente— son intrascendentes. Los sistemas de IA son capaces de efectuar un preciso perfilado dinámico de cada persona según los intereses de quienes de ellos se provean; perfilado que puede ser utilizado, con o sin técnicas de *microtargeting* de comportamiento, para fines muy diferentes, incluidos aquellos que son ilegítimos e incluso otros ocultos y sin posibilidades de control tempestivo y eficaz por los afectados debido al ritmo y a la complejidad con la que operan tales sistemas²¹. Esta tecnología, por tanto, requiere una mayor y más específica, intensa y permanente protección de los datos personales, partiendo de los principios y derechos ya reconocidos por los tratados y protegidos por legislación sectorial, de plena aplicación, a los que hemos hecho referencia.

En definitiva, a partir del diseño algorítmico de estos sistemas de IA y la obtención de metadatos, surgen riesgos muy graves que tienen que ver con la calidad de los datos que les sean suministrados, su tratamiento y los fines y objetivos a los que se orienten. Los más importantes y decisivos son la opacidad en la toma de decisiones; la posibilidad del uso de los datos con fines delictivos; las intromisiones ilegítimas o no deseadas en la vida privada de las personas —que pueden incluso ser permanentes—; el mal o abusivo uso de la biométrica; la manipulación mediante los perfilados de datos con finalidades espurias o ilegítimas²²; destacadamente, los posibles y variados sesgos discriminatorios en su tratamiento según las diversas condiciones o circunstancias personales, grupales o sociales; y la perpetuación de prejuicios o patrones de exclusión de personas y grupos.

Es evidente que estas posibilidades de lesión pueden ser altamente dañinas y destructivas tanto para las personas como para las sociedades en cuanto generan una realidad virtual desagregada, ajena a la realidad física pero con un fuerte y decisivo impacto sobre ella, en buena parte ayuna de las limitaciones y controles necesarios para que los derechos y libertades no resulten menoscabados, vaciados de contenido —o destruidos— y que las instituciones públicas, a su vez, no se vean incapaces de llevar a cabo sus funciones de canalización de los conflictos sociales y políticos, el control del poder y la garantía de los derechos. La gravedad viene marcada porque en esta realidad virtual, como sostiene Francisco Balaguer, los derechos y libertades fundamentales pueden ser privados de su fundamento y vínculo propio con la dignidad de las personas y el libre desarrollo de su personalidad, viéndose supeditados a exigencias e inte-

²¹ Es fundamental en este sentido la lectura de la obra de Soshana Zuboff, *La era del capitalismo de la vigilancia*, Paidós Estado y Sociedad. Planeta, Barcelona, 2020.

²² Es conocido como determinados agentes emplean estas posibilidades de forma directa y deliberada para la propaganda política y electoral al servicio de determinadas formaciones y liderazgos o para la propagación de *fake news* o posverdades que generan desinformación, con sus correspondientes efectos negativos para la democracia constitucional (segmentación, simplificación argumental, «emotivización» exacerbada de las posiciones políticas, fragmentación y polarización, distorsionamiento del encauzamiento de la resolución de conflictos...). Recuérdese, a modo de ejemplo, la conocida intervención de *Cambridge Analytica* y de *Facebook* en campañas electorales (en especial, pero no únicamente, en las presidenciales norteamericanas de 2016 en la campaña de Donald Trump) a partir de análisis psicográficos elaborados con la extracción masiva de datos personales desde internet, redes sociales y otras fuentes y el empleo de técnicas de segmentación de audiencia, utilizando el llamado *microtargeting* de comportamiento.

reses del tráfico económico y del beneficio empresarial o de otros intereses sociales y políticos no legítimos²³.

Así las cosas, el derecho a la protección de datos de carácter personal, desde su fundamento en la dignidad y la autonomía individual, para poder desplegar todos sus efectos con eficacia, requiere ser llevado a los ámbitos de creación, desarrollo, funcionamiento y gestión de los sistemas inteligentes, con todas sus características, exigencias y consecuencias constitucionales y legales. Este es el gran reto. El diseño algorítmico y su control constante adquieren en este punto todo el sentido, pues con ellos se edifica, mantiene y desarrolla cada sistema inteligente. De su calidad y ajuste constitucional y legal va a depender la garantía real y efectiva de los derechos y libertades y, en especial, la propia del derecho a la protección de datos de carácter personal. No perdamos de vista que son muchos los otros derechos y libertades constitucionales cuya efectividad pende también del tratamiento que se haga de los datos personales por el carácter transversal que tiene este derecho debido a la instrumentalidad de su objeto y finalidad.

Pesa aquí, además, un efecto constitucionalmente muy distorsionante: en cierto modo, en tanto que en la economía digital los derechos constitucionales tienden a ser instrumentos de garantía del tráfico económico, la protección de datos se ha configurado «como una especie de derecho comodín en torno al cual se agrupan otros muchos derechos del ámbito digital, de la misma manera que los derechos de los consumidores se han articulado también en el contexto de la globalización como una especie de derecho comodín que recoge otros muchos derechos»²⁴. Esto muestra a las claras la pérdida de normatividad propia de determinados derechos en la realidad actual como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías y la globalización económica. Una realidad aleccionadora que llama a una configuración normativa en materia digital que haga posible una protección real y efectiva de los derechos, no por vía indirecta, esto es, mediada y canalizada por las necesidades de la economía, sino directa y según el fundamento, posición y valor propio que otorga la condición de derecho fundamental en su prefiguración constitucional y en su reconocimiento internacional y supranacional.

La regulación actual de esta materia proviene de un compromiso político de la UE que se concretó muy tardíamente, en 2020, con el *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*. En él se propuso una estrategia de equilibrio entre las potencialidades y oportunidades que brinda la IA y la protección y promoción de los valores europeos, garantizando el respeto de los derechos y libertades y abordando eficazmente los riesgos ante determinados usos de esta nueva tecnología²⁵. Con esta orientación se ha desarrollado en los últimos años la propuesta de *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial («Ley de Inteligencia Artificial»)* formalizada en 2021²⁶. El proceso de su elaboración ha sido muy largo y, por esta razón,

²³ Francisco Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo*, cit., pp. 9 y 10.

²⁴ *Ibidem*, pp. 29 y 30.

²⁵ COM/2020/65 final. <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0065>.

²⁶ COM/2021/206 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52021PC0206>.

desacompasado con las urgentes necesidades normativas en esta materia ante el acelerado desarrollo y crecimiento de la IA²⁷. El 8 de diciembre de 2023 el Consejo y el Parlamento Europeo llegaron a un acuerdo provisional para avanzar hacia la aprobación definitiva de este Reglamento, que está fructificando en el primer trimestre de 2024, si bien su plena aplicación no se producirá hasta dos años después de su entrada en vigor, es decir, hasta 2026²⁸.

Dada la extensión y complejidad de esta regulación realizamos a continuación un breve apunte general acerca de algunos de sus más sustanciales elementos. Se destaca el importante objetivo de alcanzar una IA segura, sostenible, más transparente, confiable y ética, respetuosa de los derechos digitales y de la legislación vigente. Se trata, además, de establecer un marco jurídico flexible a escala de la UE, esto es, adaptable dinámicamente a la evolución de las tecnologías y a las nuevas situaciones que pudieran ser especialmente preocupantes, toda vez que debido a la naturaleza y complejidad de la IA, así como a la globalización, los Estados miembros no pueden alcanzar solo por sí mismos, de manera efectiva, los objetivos de seguridad y protección de los derechos y los valores de la Unión. En especial persigue garantizar su plena coherencia con la CDFUE y el Derecho derivado de la Unión en materia de protección de datos, protección de los consumidores, no discriminación e igualdad de género. Esta regulación ha de ser entendida sin perjuicio de la plena observancia del *Reglamento General de Protección de Datos* de 2016, así como de la *Directiva de Protección de Datos en el ámbito penal* del mismo año y la *Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas*, entre otros reglamentos y disposiciones sectoriales. En este marco hay que tener en cuenta también la *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial* (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA) de 2022, en curso.

Este Reglamento supone la primera regulación jurídica global de la IA directamente aplicable a todos los Estados miembros de la UE sin necesidad de normas de transposición, lo que reducirá la fragmentación y la posible descoordinación normativa en relación con esta materia. Dadas las características económicas, jurídicas y políticas de la Unión, puede adelantarse la posibilidad de que alcance una eficacia «universal» a través del proceso de «globalización normativa unilateral», conocido como «efecto Bruselas», consistente en el poder indirecto que caracteriza a la UE para regular mer-

²⁷ Sobre el desarrollo del proceso de elaboración y evolución de esta propuesta y su contenido, véase Miguel Ángel Presno Linera, «La propuesta de “Ley de inteligencia artificial” europea», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 116, segundo semestre, 2023, pp. 81-33.

²⁸ Cuando está finalizando la redacción de este texto, se aprueba el Reglamento por el Parlamento (*Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión* (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106 (COD)); https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.html. Aunque su entrada en vigor se producirá, tras su aprobación definitiva por el Consejo, a los veinte días de su publicación en el DOUE, no será plenamente aplicable en todos sus elementos hasta transcurridos dos años desde entonces.

cados globales que surge del impacto de sus normativas en la vida de los ciudadanos alrededor del mundo, sustentando procesos de «exportación» del contenido de su normativa a otros Estados (o de observancia necesaria), como ha sucedido, entre otros instrumentos, con el *Reglamento General de Protección de Datos*²⁹.

Estas normas armonizadas y sujetas al principio de proporcionalidad van dirigidas especialmente a su aplicabilidad al diseño, el desarrollo y utilización de sistemas de IA, enfocadas en el riesgo razonablemente predecible de cada uno de estos sistemas, siguiendo el principio de seguridad y debiendo alcanzar, de acuerdo con su finalidad, un nivel adecuado de precisión, solidez, seguridad y ciberseguridad y funcionar de manera consistente durante todo su ciclo de vida. Enriquecidas por las enmiendas del Parlamento europeo³⁰, tales normas establecen requisitos que permitan evitar o reducir al mínimo el riesgo de discriminación algorítmica mediante el diseño por defecto y la garantía de la calidad de los conjuntos de datos que se empleen para desarrollar cada sistema de IA, con atención al principio de su minimización. Todo ello incluye obligaciones de realización de pruebas con controles *ex ante* de la introducción de estos sistemas inteligentes en el mercado y también *ex post* mientras estén en uso, la documentación mediante registro de todo el proceso, la vigilancia humana y la gestión de riesgos durante todo su ciclo de vida. Especialmente se contemplan los sistemas de IA de alto riesgo para establecer requisitos específicos de seguridad para operadores y consumidores y reducir peligros y escollos para los derechos fundamentales que no estén cubiertos por otros marcos normativos vigentes.

Se establece una lista de IA prohibida (art. 5) que abarca a todos aquellos sistemas inteligentes cuyo uso se considera inaceptable por resultar contrario a los valores de la Unión y a los derechos fundamentales, englobando aquellas prácticas que tienen un gran potencial para manipular a las personas mediante técnicas subliminales o que aprovechan vulnerabilidades de grupos concretos, así como otras prácticas de manipulación o explotación. Se prohíbe el uso de sistemas de categorización biométrica remota que clasifique individualmente a las personas físicas para deducir o inferir su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida u orientación sexuales. También se prohíbe el uso de sistemas de identificación biométrica «en tiempo real» en espacios de acceso público, salvo excepciones limitadas y justificadas, estrictamente necesarias y definidas con precisión con fines de aplicación de la ley para lograr un interés público esencial³¹. Por otra parte, se restringen y disponen

²⁹ Anu Bradford, «The Brussels Effect», *Northwestern University Law Review*, vol. 1, 2012 (https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/271/). Véase también Miguel Ángel Presno Linera, «El posible “efecto Bruselas” de la aprobación de la Ley Europea de inteligencia artificial», *El derecho y el revés*, 11 de diciembre de 2023 (<https://presnolinera.wordpress.com/2024/02/28/el-posible-efecto-bruselas-de-la-aprobacion-de-la-ley-europea-de-inteligencia-artificial/>).

³⁰ Véase P9_TA(2023)0236 *Ley de Inteligencia Artificial*. Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)).

³¹ Las excepciones son: búsqueda de víctimas de delito y personas desaparecidas, amenazas para la vida o la seguridad física, amenazas de atentados terroristas, localización de o identificación de autores o sospe-

garantías estrictas a las excepciones de esta prohibición porque estos sistemas pueden afectar de forma grave a los derechos personales, pudiendo producir resultados sesgados y tener efectos discriminatorios, especialmente por lo que respecta a la edad, la etnia, la raza, el sexo o la discapacidad. Las normas nacionales pueden no ofrecer en absoluto esta posibilidad restrictiva o hacerlo solamente respecto de algún objetivo que pueda justificar un uso autorizado según el Reglamento. Estas previsiones no afectan a los sistemas del tipo «verificación de uno respecto a uno» para confirmar la identidad en el acceso a un determinado servicio, dispositivo o local.

Se prevén otras prácticas prohibidas: la introducción en el mercado, la puesta en servicio y el uso de sistemas de IA diseñados para detectar el estado emocional de las personas físicas para su utilización en determinados contextos de especial riesgo de abuso (en situaciones de la vida real relacionadas con la aplicación de la ley, la gestión de fronteras, el lugar de trabajo y las instituciones educativas); también los que se utilicen para el análisis de imágenes de vídeo grabadas de espacios de acceso público que empleen sistemas de identificación biométrica remota «en diferido», salvo que estén sujetos a una autorización judicial previa de conformidad con el Derecho de la Unión y sean estrictamente necesarios para una búsqueda selectiva destinada a fines de aplicación de la ley y relacionada con un delito grave.

Porque vulneran el principio de dignidad humana y el derecho a la presunción de inocencia, se prohíben los sistemas utilizados por las autoridades encargadas de la aplicación de la ley o en nombre de estas para realizar predicciones o evaluaciones de riesgo a partir de la elaboración de perfiles de personas físicas o del análisis de datos basados en rasgos y características de la personalidad, incluida la ubicación de la persona, o en comportamientos pasados infractores o delictivos cometidos por personas físicas o grupos de personas.

Se introduce una nueva y más precisa definición de sistema de IA en la que se destaca el concepto de autonomía y su capacidad de adaptación para alcanzar objetivos explícitos o implícitos, que infiere de la información de entrada la manera de generar información de salida como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que puedan influir en entornos físicos o virtuales. De otro lado se concreta qué ha de entenderse por modelo de IA de uso general: el «entrenado con un gran volumen de datos utilizando la autosupervisión a gran escala, que presenta un grado considerable de generalidad y es capaz de realizar de manera competente una gran variedad de tareas distintas, independientemente de la manera en que el modelo se introduzca en el mercado, y que puede integrarse en diversos sistemas o aplicaciones posteriores»³². Estos sistemas (como ChatGPT de OpenAI, Google Gemini —antes Bard— y otros), además

chosos de las infracciones penales que se enumeran en anexo, cuando exista un umbral de pena mínimo de cuatro años en el Estado miembro y de conformidad con su Derecho. Las infracciones penales se basan en los treinta y dos delitos enumerados en la *Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo (Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros)* (DO L 190 de 18-7-2002). Tales excepciones, además, han de operar respetando su necesidad y proporcionalidad en cada caso, de manera responsable.

³² Se exceptúan los modelos de IA que se utilizan para actividades de investigación, desarrollo o creación de prototipos antes de su comercialización.

de tener que garantizar elementos de salvaguarda contra la generación de contenidos que pudieran infringir el Derecho de la Unión, han de poner a disposición del público un resumen suficientemente detallado del uso de los datos de formación que estén protegidos por la legislación sobre derechos de autor, en particular para identificar y respetar la reserva de derechos prevista en el art. 4, apartado 3, de la *Directiva (UE) 2019/790, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE*. También es destacable la obligación de los sistemas de IA generativa de revelar que los contenidos han sido generados artificialmente³³, cuestión especialmente importante ante riesgos sistémicos deducibles como accidentes graves, perturbaciones de sectores críticos, consecuencias graves para la salud y la seguridad pública, sobre procesos democráticos, discurso público y procesos electorales a través de la desinformación, difusión de contenidos ilícitos, falsos o discriminatorios.

Se contemplan de manera especial los sistemas de IA de alto riesgo para la salud y la seguridad o los derechos fundamentales de las personas, para los que se establece el cumplimiento de determinados requisitos y un exigente control *ex ante*, así como obligaciones para los proveedores, usuarios y otros participantes en la cadena de valor de la IA, creándose el marco de los complejos procedimientos de evaluación, tanto *ex ante* como *ex post*. Se toman en consideración determinados sistemas de IA y la fijación de obligaciones de transparencia por los específicos riesgos de manipulación que conllevan, que se aplicarán a aquellos que puedan utilizarse para detectar emociones o determinar la asociación a categorías sociales concretas a partir de datos biométricos, o generen o manipulen contenido (ultrafalsificaciones).

Merecen destacarse las normas de gobernanza. Se instituye un *Comité Europeo de Inteligencia Artificial*, integrado por representantes de los Estados miembros, en tanto que los Estados tendrán que designar una autoridad nacional de supervisión de la aplicación y ejecución del Reglamento, actuando el *Supervisor Europeo de Protección de Datos* como autoridad competente para la supervisión de las instituciones, las agencias y los organismos de la Unión cuando entren en el ámbito de aplicación del Reglamento. Otras normas se destinan a facilitar la labor de seguimiento, estableciendo a estos efectos una base de datos para toda la Unión, gestionada por la Comisión, donde figuren los sistemas de IA de alto riesgo con implicaciones, sobre todo, para los derechos fundamentales. Los proveedores de sistemas de IA están obligados a este registro antes de introducirlos en el mercado o ponerlos en servicio. Se disponen obligaciones de seguimiento y presentación de información por los proveedores con la finalidad de mantener la vigilancia del mercado y poder intervenir tempestivamente en caso de riesgos emergentes o inesperados. Todo ello sin perjuicio del sistema y reparto de competencias existente para la supervisión *ex post* de las obligaciones relacionadas con los derechos fundamentales que correspondan a los Estados miembros. Se insta además un marco para la elaboración de códigos de conducta con objetivos claros e indicadores de su rendimiento para los proveedores de sistemas de IA que no sean de

³³ Remitimos especialmente sobre este punto a Miguel Ángel Presno Linera, «La propuesta de “Ley de inteligencia artificial” europea», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 116, cit., pp. 114-117.

alto riesgo para que puedan cumplir requisitos que son obligatorios para los de alto riesgo, permitiéndose incluir otros compromisos voluntarios como, por ejemplo, en materia de sostenibilidad medioambiental, accesibilidad para personas con discapacidad, medidas de alfabetización digital o la participación en el diseño o desarrollo de los sistemas inteligentes.

Con estas y otras medidas se crea, en definitiva, un necesario ecosistema para la IA en toda la Unión que aspira a ser eficiente, de confianza y abierto a lo venidero. De ello va a depender en gran medida el éxito o el fracaso del entramado normativo europeo en esta materia, decisiva para los derechos fundamentales y el futuro de nuestras democracias.

IV. Valoración conclusiva

1. El derecho a la protección de datos de carácter personal, en sí mismo, así como en su dimensión instrumental para la protección de otros derechos y libertades fundamentales, está adquiriendo un valor determinante en la era digital ante los riesgos que presenta la eclosión y el impacto de la IA más avanzada, para hacer efectiva su garantía y plena adecuación a las exigencias del Estado de Derecho. Las nuevas regulaciones y medidas que se están adoptando tanto en el marco internacional regional del Consejo de Europa como en el supranacional de la Unión Europea, aunque relativamente tardías, cabe valorarlas positivamente. De manera especial las contempladas en el Convenio 108+ en el primer caso y en la propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial en el segundo, en armonía con la legislación sectorial sobre protección de datos y en convergencia significativa entre ambos ámbitos.

2. El Reglamento sobre Inteligencia Artificial de la UE se plantea no solo para acomodar el uso y tratamiento de los datos personales y el funcionamiento de la IA a los intereses y objetivos económicos y de gestión de la propia Unión y de las empresas que en su marco operan sino, sobre todo, porque se vincula y compromete expresamente al respeto de los valores de la Unión, a la protección proactiva y sistémica de los derechos fundamentales, la democracia, la igualdad, la dignidad de las personas y su libre desarrollo. Como dice la primera enmienda que presentara el Parlamento, se trata de promover «una inteligencia artificial fiable y centrada en el ser humano» que garantice «un elevado nivel de protección».

3. El enfoque basado en la clasificación del riesgo de los sistemas inteligentes para su aceptabilidad o no, así como su diseño, desarrollo y control *ex ante* y *ex post*, resulta especialmente apropiado al establecer aquellos que están prohibidos, los que son de alto riesgo y aquellos otros que no presentan este perfil, pero a los que se pueden extender cautelas propias de los de alto riesgo.

4. Las enmiendas efectuadas por el Parlamento Europeo han acentuado algo más esa vinculación con los principios, derechos y valores que definen a la Unión, mejorando algunas de sus disposiciones en un sentido protector de los datos personales y otros derechos fundamentales al sostener la prohibición de determinadas posibilidades prácticas negativas, al tiempo que sientan las bases para una regulación más precisa y eficaz

de los llamados modelos fundacionales o generativos como ChatGPT de OpenAI, Google Gemini —antes Bard— y otros.

5. Esta regulación a escala de la Unión adquiere especial importancia global si se tiene en cuenta el llamado «efecto Bruselas», que presumiblemente permitirá expandir la regulación que comporta más allá del continente europeo, pudiendo contribuir a una «globalización positiva» de la protección de derechos y libertades ante los impactos de la IA, reorientando la dispersión, cubriendo carencias normativas y atajando los efectos más negativos padecidos en esta fase de eclosión y acelerado desarrollo de esta tecnología.

6. Pese a todo, los diversos peligros de vulneración del derecho a la protección de datos de carácter personal (y con él, de otros derechos fundamentales) podrían seguir persistiendo e incluso incrementándose si no se implementan debidamente, entre otros, los siguientes elementos: a) el funcionamiento, verificación y control permanente, exigente y adecuado de los sistemas inteligentes en su diseño y desarrollo, *ex ante* y *ex post* de su entrada en el mercado, con medidas de actualización permanente para reducir y eliminar vulnerabilidades en el acceso a los datos, su posterior tratamiento y detección de posibles sesgos en los contenidos o en la adopción de recomendaciones o decisiones; b) la promoción simultánea de una formación digital relevante de la ciudadanía, fundamentalmente operada mediante un sistema que garantice un nivel significativo, suficiente y adecuado de competencias digitales de las personas; c) establecer como obligación, no solo recomendar, a los proveedores de IA que pongan a disposición de los usuarios la posibilidad de una breve capacitación antes de comenzar a utilizar la aplicación; d) llevar a cabo una revisión de los instrumentos jurídicos de carácter contractual que eliminan las cláusulas no ya solo abusivas o fraudulentas en la prestación de los consentimientos para recogida, tratamiento y cesión de datos o su oposición y retirada, sino también que, frente a la frecuente opacidad encubierta en la habitual fraseología ritual, clarifiquen de manera resumida e inteligible los compromisos que adquieren los usuarios de estas plataformas y sistemas con especificación de términos de uso apropiados; y e) algo tan difícil como poner límites eficaces a la igualmente frecuente opacidad de los tratamientos, usos y cesiones de datos; en particular, llevar un control de las políticas de tratamiento de datos de estos sistemas y su interoperabilidad entre instituciones y empresas, haciendo posible que su diseño permita un grado razonable de conocimiento y un nivel adecuado de trazabilidad del uso real que se hace de los datos personales recabados.

LA VIS EXPANSIVA DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS Y LA PROTECCIÓN FRENTE A LAS VIOLACIONES COMETIDAS POR PARTICULARES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH*

JUAN MARÍA BILBAO
Catedrático de Derecho Constitucional

I. Génesis y desarrollo de las obligaciones positivas

El Tribunal de Estrasburgo viene sosteniendo desde sus primeras sentencias que el Convenio impone a los Estados no sólo una obligación negativa de abstención y no injerencia en el ámbito protegido por los derechos consagrados en el mismo, sino también obligaciones positivas de prevención, protección y reparación, que implican la adopción de aquellas medidas que resulten necesarias para asegurar la efectividad de esos derechos solemnemente proclamados¹. Mediante esta doctrina jurisprudencial, que presenta muchos puntos en común con la categoría de los deberes de protección acuñada por el Tribunal de Karlsruhe (se desarrollan en paralelo), el Tribunal ha deducido

* Javier Jiménez Campo es una figura clave en mi biografía académica. Fue el director de mi tesis doctoral. Un privilegio del que acostumbro a presumir, porque es la única que ha dirigido. No le quedaron ganas de repetir y se cortó la coleta. Esa vinculación, que se remonta a 1987 nada menos, me ha dado la oportunidad de disfrutar a lo largo de estos años (menos en todo caso de lo que yo hubiera deseado) de su *finezza* intelectual, de su deslumbrante lucidez y de su amistad. Me pareció una buena idea cerrar el círculo con un trabajo sobre un asunto que guarda estrecha relación con el objeto de aquella investigación doctoral, pero del que apenas pude ocuparme entonces.

¹ Vid. Frédéric Sudre, «Les “obligations positives” dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme», *Revue trimestrielle de droits de l’homme*, vol. 6, núm. 23, 1995, pp. 363-384; Alastair Mowbray, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004; y Dimitris Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, London, New York, Routledge, 2012; Laurens Lavrysen, *Human rights in a positive sense – Rethinking the relationship between positive and negative obligations under the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2017; y Vladislava Stoyanova, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: within and beyond boundaries*, Oxford University Press, 2023; y «Framing positive obligations under the European Convention on Human Rights law: mediating between the abstract and the concrete», *Human Rights Law Review*, vol. 23, núm. 3 (2023), pp. 1-34. A diferencia del TCF alemán, el Tribunal de Estrasburgo no se basa en sofisticadas construcciones doctrinales, como la elaborada en torno a la dimensión objetiva de los derechos, sino que adopta un enfoque marcadamente pragmático: se trata de garantizar la efectividad de los derechos (que sean «concretos y efectivos» y no «teóricos o ilusorios»). Y esa garantía no sería completa si no se protegieran frente a cualquier agresión o amenaza, provengan de un poder público o de un sujeto o entidad privada (Fernando Simón, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, CEPIC, 2012, p. 226-228). Para Xabier Arzoz, el de las obligaciones positivas «es todavía un terreno sin desbrozar dogmáticamente» («La eficacia del CEDH en las relaciones entre particulares», *AFDUAM*, núm. 21, 2017, p. 163).

de muchos de los preceptos del Convenio un amplio abanico de obligaciones a cargo de los Estados parte. Unas obligaciones que se justifican también apelando al tenor literal del artículo 1 del Convenio, en cuya virtud las Altas Partes Contratantes garantizan (*shall secure*, en la versión inglesa) los derechos consagrados en el mismo a quienes se encuentren bajo su jurisdicción, y al principio de preeminencia del Derecho (*rule of law*) que subyace al Convenio en su conjunto².

Ese compromiso con la vigencia efectiva de los derechos se ha visto potenciado por la decidida apuesta del Tribunal por una interpretación dinámica o evolutiva del contenido de los derechos, en la convicción de que el Convenio es un «instrumento vivo», que tiene que adaptarse a los cambios que se registran incesantemente en las sociedades europeas³.

La identificación de estas obligaciones positivas es un hallazgo hermenéutico que le ha permitido desempeñar con creciente vigor su papel de garante de los derechos del Convenio, pero también ha servido en algunas ocasiones de comodín o coartada para dar rienda suelta a las pulsiones activistas que anidan siempre en un órgano de sus características y ampliar así el perímetro de su jurisdicción. No siempre ha resistido, en efecto, la tentación de impartir justicia material corrigiendo las decisiones de los órganos judiciales internos, que están en mejores condiciones a la hora de valorar las circunstancias del caso. El Tribunal goza en cualquier caso de un amplio margen de flexibilidad para modular la intensidad del control que ejerce sobre las actuaciones u omisiones de las autoridades nacionales⁴.

El Tribunal alude por primera vez a esta noción en su sentencia sobre el asunto «relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica» (23-07-

² Jean-François Akandji-Kombe, *Les obligations positives en vertu de la CEDH. Un guide pour la mise en oeuvre de la CEDH*, Ed. du Conseil de l'Europe, *Precis sur les droits de l'homme*, núm. 7, 2006, p. 9. Se invoca, por ejemplo, para incluir la obligación de ejecutar las resoluciones judiciales como parte integrante del derecho a un proceso justo. De no ser así, se privaría de cualquier efecto útil a lo dispuesto en el artículo 6.1. *Vid. Hornsby c. Grecia* (19-03-1997) y *Matheus c. Francia* (31-03-2005).

³ *Vid.* Raúl Canosa, «La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en Javier García Roca y P. A. Fernández (coord.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, 2009, p. 79 y ss. Para Fernando Simón, esa opción se traduce inevitablemente en un mandato de interpretación extensiva de los derechos (*op. cit.*, p. 231).

⁴ Un buen exponente de esa fuerza expansiva es la figura de las «sentencias piloto». El Tribunal ha desarrollado este procedimiento para dar respuesta al flujo masivo de demandas sobre problemas similares, sistémicos, porque tienen su origen en una inadecuación del ordenamiento interno al Convenio. Selecciona una de las demandas que ponen al descubierto el problema estructural, posponiendo el examen de los demás asuntos que obedecen a la misma causa. De este modo, la sentencia piloto sirve como referente en la resolución de un elevado número de casos análogos o clónicos, ya planteados o que pudieran plantearse en el futuro. Pues bien, en estas sentencias el Tribunal invita al Estado condenado a adaptar su legislación o sus prácticas administrativas al Convenio indicándole las medidas a adoptar e incluso el plazo para hacerlo. A nadie se le escapa el riesgo que corre el Tribunal al asumir ese papel: suplantar al legislador nacional. Recurre por primera vez a esta técnica en el caso *Broniowski c. Polonia* (22-06-2004). Y se viene empleando frente a problemas endémicos, como las malas condiciones de las prisiones (*Ananyev y otros c. Rusia*, 10-01-2012); la excesiva duración de los procesos judiciales (*Rumpf c. Alemania*, 02-09-2010); o la exclusión legal del sufragio de los condenados a penas privativas de libertad (*Greens y M.T. c. Reino Unido*, 23-11-2010). *Vid.* Joana Abrisketa, «Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador», *REDI*, vol. 65, núm. 1, 2013, pp. 73-99.

1968)⁵. Años después, en el caso *Irlanda c. Reino Unido* (18-01-1978), advierte que para garantizar el respeto a los derechos que consagra el Convenio, los Estados tienen que impedir o sancionar su infracción. Y en el asunto *Marckx c. Bélgica* (13-06-1979) ya afirma abiertamente que «si bien el objetivo principal del artículo 8 es proteger a la persona contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, no se conforma con obligar al Estado a abstenerse de tales injerencias: a este compromiso, más bien negativo, pueden añadirse las obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar»⁶. Unas obligaciones que se conciben desde un principio como de medios, no de resultado, por lo que los Estados van a disponer de una amplia libertad a la hora de escoger esos medios. En todo caso, esta doble dimensión permite al Tribunal enjuiciar no sólo las acciones, sino también las omisiones de las autoridades estatales, aunque la frontera entre unas y otras no siempre es nítida.

El propio Tribunal distingue en sus resoluciones y documentos entre obligaciones positivas de carácter material y obligaciones positivas de carácter procesal, cuyo cumplimiento puede evaluarse de forma autónoma⁷.

1. LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DE CARÁCTER MATERIAL O SUSTANTIVO

Entre las obligaciones de índole material, destaca la que conmina a los poderes públicos del Estado a proteger los derechos mediante una regulación que ofrezca suficientes garantías frente a los abusos y trate de conciliar todos los intereses en juego, buscando siempre un justo equilibrio en caso de conflicto⁸. No menos importante es el capítulo de las obligaciones de prevención, que con carácter general emplazan a los

⁵ En esta temprana decisión examina el contenido del artículo 2 del Protocolo núm. 1, que reconoce el derecho a la educación y el alcance de las obligaciones que se derivan del mismo. Es verdad que su formulación en términos negativos («no se negará a nadie el derecho a la educación») significa que los Estados no están obligados a organizar o subvencionar la educación de una forma o en un nivel determinados. Sin embargo, «esto no significa que el Estado no tenga la obligación positiva de garantizar el respeto de este derecho». El Convenio no especifica, por ejemplo, la lengua en que debe impartirse la enseñanza, pero el derecho a la educación carecería de sentido si no implicara el derecho a recibir instrucción en la lengua nacional o en una de las lenguas nacionales, según el caso.

⁶ *Vid.*, asimismo, *Airey c. Irlanda* (09-10-1979). El cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio exige a veces acciones positivas por parte del Estado; en estos casos, «no puede permanecer pasivo y no hay lugar a distinguir entre actos y omisiones».

⁷ Como señala F. Simón, con las de carácter sustantivo se tutelan directamente bienes jurídico materiales como la vida, la integridad física, la privacidad o la propiedad; mientras que con las procesales se tutelan esos mismos bienes de forma mediata, «reconociendo como contenido del derecho ciertas facultades de información, participación y acceso a la jurisdicción» (*op. cit.*, p. 290).

⁸ *Vid.* en relación con el artículo 8 la sentencia de 2 de diciembre de 2008 en el caso *K.U. c. Finlandia*, que condena al Estado demandado por carecer en el momento de los hechos de una regulación adecuada que concilie los intereses en liza y proteja el derecho a la vida privada obligando a los proveedores de servicios de Internet a revelar la identidad de una persona buscada por publicar un mensaje indecente sobre un menor en un sitio web de citas. Con respecto al derecho de propiedad (art. 1 P 1), el Tribunal ha afirmado que el Estado debe establecer un marco normativo mínimo, que proporcione los recursos legales adecuados que permitan hacer valer efectivamente ese derecho (*Kotov c. Rusia*, 03-04-2012).

Estados a adoptar las medidas necesarias para evitar la violación de alguno de los derechos del Convenio. Se activan de forma más apremiante cuando las autoridades tienen conocimiento de un riesgo o amenaza potencial para el disfrute efectivo de esos derechos. Estas obligaciones son especialmente intensas en el ámbito de los artículos 2, 3 y 8 del Convenio. Su estricta interpretación reduce a la mínima expresión el margen de apreciación nacional.

1.1. *Las obligaciones de prevención y protección que dimanaban del artículo 2.* En relación con el derecho a la vida⁹, es evidente que los poderes públicos no sólo no pueden causar o provocar la muerte de forma ilícita, mediante un uso desproporcionado de la fuerza, sino que están obligados a establecer sistemas efectivos de protección jurídica de la vida en sus respectivos ordenamientos, que sancionen cualquier agresión y brinden protección ante posibles riesgos para la vida. En particular, cuando la víctima es un menor o forma parte de un colectivo vulnerable¹⁰. El *leading case* en este punto es el asunto *Osman c. Reino Unido* (28-10-1998)¹¹. Del artículo 2 se deriva, según el Tribunal, la obligación de adoptar medidas preventivas de orden práctico que protejan a una persona cuya vida corra peligro de las posibles agresiones de otros individuos (o de él mismo). Reconoce que la conducta humana es impredecible y los recursos son limitados, de modo que esa obligación no puede interpretarse como una carga imposible o desproporcionada. De ahí la exigencia de que las autoridades conozcan la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo concreto y omitan las medidas que podrían considerarse razonables, en el ámbito de sus competencias, para evitar ese riesgo.

El Tribunal ha insistido en que es una obligación de medios y no de resultado. De este modo, cuando las autoridades competentes han reaccionado al riesgo detectado adoptando medidas apropiadas, el hecho de que tales medidas no produzcan el resultado deseado no lleva necesariamente a la conclusión de que han incumplido la obligación que les incumbe en virtud del artículo 2. Habrá que analizar la idoneidad tanto de la evaluación de riesgos como de las medidas preventivas adoptadas.

En el ámbito penitenciario, tiene interés la sentencia de 14 de marzo de 2002 en el asunto *Paul y Audrey Edwards c. Reino Unido*, a raíz del asesinato de un preso por su compañero de celda, un sujeto muy peligroso, desequilibrado psicológicamente y con bastantes episodios violentos en su currículum. El TEDH aprecia una violación del art. 2 porque no se informó de la peligrosidad del asesino, ni se tomaron las medidas adecuadas¹².

⁹ Vid. Fernando Rey y Arancha Moretón, La protección jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión (artículo 2 CEDH y Protocolos 6.º y 13.º), en Javier García Roca, Pablo Santolaya y Miguel Pérez-Moneo (coord.): *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 4.ª ed., CEPC, 2023, p. 85 y ss.

¹⁰ Sentencia de 23 de septiembre de 1998 en el caso *A. c. Reino Unido*.

¹¹ Un profesor acosó, en el colegio, en la calle y en el domicilio familiar, a un alumno y a su familia hasta que finalmente mató al padre e hirió gravemente al alumno. La demanda consideraba que el Estado no había adoptado las medidas apropiadas para proteger la vida de las víctimas de la agresión.

¹² En este mismo ámbito, el Tribunal ha apreciado la existencia de una violación del artículo 2 en el caso *Ketreb c. Francia* (09-07-2012) a raíz del suicidio en prisión de un toxicómano. A su juicio, el Estado

Otro supuesto que reviste interés es el de la posible responsabilidad del Estado por los crímenes cometidos por presos que disfrutaban de un permiso penitenciario. En el caso *Mastromatteo c. Italia* (24-10-2002), el demandante reprochaba a las autoridades que hubieran contribuido a crear las condiciones para el asesinato de su hijo a manos de unos delincuentes que estaban disfrutando de régimen semi-abierto de prisión atenuada. Pero el Tribunal considera que en ese caso no podía atribuirse la responsabilidad al Estado, porque la política de reinserción social progresiva de las personas privadas de libertad persigue un fin legítimo y en la regulación italiana cuenta con garantías suficientes.

Son varias las sentencias en las que el Tribunal ha examinado la responsabilidad del Estado por el asesinato de periodistas. Así, en el caso *Gongadze c. Ucrania* (08-11-2005) estimó que las autoridades no cumplieron con su deber de proteger la vida de un periodista. En otros casos, como veremos luego, esa pasividad ha llevado al Tribunal a declarar la existencia de una violación del artículo 10.

Sobre la sospechosa muerte de opositores políticos, resulta obligada la referencia a la sentencia dictada en el caso *Carter c. Rusia* (21-09-2021), que da respuesta a la demanda presentada por la viuda del disidente ruso A. Litvinenko, que fue envenenado por agentes rusos en el Reino Unido¹³. El Tribunal considera que pueden extraerse conclusiones de la negativa del Estado demandado a revelar cualquier información relativa a su investigación interna y del hecho de que no haya refutado las sólidas pruebas de su participación en el crimen, por lo que acaba condenando a Rusia por vulnerar el artículo 2 en los aspectos sustantivo y procesal¹⁴.

había incumplido su obligación de especial vigilancia, porque las dos tentativas anteriores de suicidio y sus actos de automutilación deberían haber alertado a las autoridades penitenciarias sobre su frágil salud mental. También constata la violación del artículo 2 en el asunto *Jasińska c. Polonia* (01-06-2010), que trae causa del suicidio de un preso por una sobredosis de los comprimidos sicotrópicos prescritos por el médico de la prisión para tratar sus trastornos mentales. En cambio, en el caso *Horoz c. Turquía* (31-03-2009) concluyó que no se había violado el artículo 2 porque la negativa de un recluso en huelga de hambre a recibir asistencia médica rompió el nexo causal de la responsabilidad del Estado en su muerte. También se desestimó la demanda en el caso *Fernandes de Oliveira c. Portugal* (31-01-2019), que tiene su origen en el suicidio de un paciente hospitalizado en un centro psiquiátrico. En relación con el suicidio de militares, *vid.* los casos *Kilavuz c. Turquía* (21-10-2008) y *Mosendz c. Ucrania* (17-01-2013).

¹³ Tras su muerte en 2006, se llevó a cabo en el Reino Unido una investigación que estableció más allá de toda duda que Litvinenko había sido envenenado con polonio y que el veneno le había sido administrado por dos viejos conocidos que habían actuado siguiendo instrucciones del Servicio Federal de Seguridad (FSB). No sólo los medios empleados para perpetrar este asesinato (un isótopo radiactivo proveniente de un reactor bajo el control del Estado), sino también las motivaciones de este acto sugieren la participación del Estado ruso. Aunque exista la posibilidad teórica de que no hubieran tenido nada que ver con el asesinato, las autoridades rusas eran las únicas que poseían la información necesaria para corroborar esta teoría, y además reclamaron la jurisdicción exclusiva sobre los dos sospechosos. En estas circunstancias, la carga de la prueba se trasladó a las autoridades del Estado demandado, que tendrían que haber ordenado una meticulosa investigación sobre esa hipótesis.

¹⁴ También se aprecia una violación material del artículo 2 en el caso *Akkoc c. Turquía* (10-10-2000). En este asunto la víctima era un maestro y activista kurdo amenazado. Aunque el Tribunal no pudo constatar que lo matasen las fuerzas de seguridad turcas, considera que el Estado turco incumplió su obligación de proteger a esa persona de un riesgo conocido, real e inmediato, para su vida.

El Tribunal ha supervisado también el cumplimiento de este deber en la planificación y ejecución de operaciones policiales que se saldaron con víctimas mortales. En el caso *Finogenov y otros c. Rusia* (20-12-2011), consideró que el asalto al teatro *Dubrovka* de Moscú, que había sido tomado en 2002 por un comando de separatistas chechenos, fue inadecuadamente planificado y ejecutado (murieron más de cien personas en la operación de rescate) y tampoco hubo una investigación oficial posterior independiente¹⁵.

En general, el uso de armas de fuego es una actividad peligrosa, que el Estado debe regular para preservar la vida y la seguridad pública. Está obligado además a adoptar las medidas necesarias para prevenir un uso inapropiado, intencional o no, de esas armas. En la expedición de las licencias, por ejemplo. En el caso *Kotilainen y otros c. Finlandia* (17-09-2020), el Tribunal reprocha a las autoridades no haber confiscado cautelarmente la pistola de un estudiante que posteriormente mató a 10 personas en el curso de un tiroteo masivo en su escuela, a pesar de que sus publicaciones anteriores en Internet ponían en duda su aptitud para poseer un arma de fuego de forma segura.

En los últimos años, el Tribunal ha dictado una serie de sentencias que ponen el foco en la existencia de un clima que propicia la violencia contra las mujeres¹⁶. En *Kurt c. Austria* (15-06-2021) se denuncia el maltrato recurrente a la esposa y los hijos y el asesinato de uno de ellos por su padre. La sentencia insiste en la necesidad de una respuesta inmediata a este tipo de denuncias, para evitar un clima de impunidad que favorece la normalización de esa violencia, aunque en este caso, una mayoría ajustada de la Gran Sala concluyó que no hubo violación del artículo 2, porque no había indicios que permitiesen identificar un riesgo real e inmediato para la vida del niño¹⁷.

¹⁵ A la misma conclusión llegó en el caso *Tagayeva y otros c. Rusia* (13-04-2017) al examinar la operación que puso fin al secuestro de un millar de personas por parte de un comando terrorista en una escuela con un balance de 334 civiles muertos, incluidos 186 niños. A juicio del Tribunal, el uso masivo e indiscriminado de armas era incompatible con el cumplimiento de la obligación de preservar la vida de los rehenes. Más recientemente, en el caso *Safi y otros c. Grecia* (07-07-2022), se imputa a las autoridades la violación del artículo 2 en su dimensión material por las negligencias y retrasos a la hora de organizar la operación de rescate de los refugiados que viajaban a bordo de un barco que naufragó en el mar Egeo mientras era remolcado por la Guardia Costera (murieron 13 personas).

¹⁶ Una jurisprudencia consolidada que arranca del caso *Civek c. Turquía* (23-02-2016).

¹⁷ Las autoridades deben tener muy en cuenta el contexto particular de los casos de violencia doméstica. Entre otras cosas, porque los agresores pueden considerar que la violencia infligida a los niños es el medio último de castigar a su pareja. La evaluación de riesgos ha de ser proactiva y exhaustiva. No debe basarse sólo en la percepción del riesgo por parte de la víctima, sino que debe completarse con su propia evaluación, mediante la recopilación y el análisis de la información relativa a todos los factores de riesgo. El comportamiento del agresor es muchas veces impredecible, pero es evidente que una persona con antecedentes de violencia doméstica representa un riesgo significativo de reincidencia. Por otra parte, las medidas preventivas deben ser adecuadas y proporcionadas al nivel de riesgo detectado. La elección de una medida operativa requiere un cuidadoso equilibrio entre los derechos en juego y debe ser compatible con otras obligaciones derivadas de los artículos 5 y 8 del Convenio. En este caso, las autoridades consideraron legítimamente que la medida de alejamiento y prohibición temporal de acceso al domicilio protegía tanto a los niños como a su madre de la violencia y el acoso del padre. Nada indicaba que existiera un riesgo real para los niños fuera del domicilio familiar. Tampoco las amenazas proferidas por el padre fueron lo suficientemente graves o creíbles como para decretar la prisión preventiva o medidas más estrictas. Y no hay ninguna razón para cuestionar la apreciación de las autoridades de que, sobre la base de la información disponible en aquel momento, no podía preverse que el maltratador pudiera obtener un arma de fuego, ir a la escuela de sus hijos y quitarle la vida a su propio hijo en una secuencia tan rápida de acontecimientos. Las autoridades actuaron con

Semanas después, en el asunto *Tkheldze c. Georgia* (08-07-2021) se aborda el asesinato de una mujer por parte de su esposo, precedido por reiteradas amenazas de muerte y violencia física y verbal hacia ella y su hija. La demandante denuncia la inadecuada respuesta de las autoridades, en un clima de violencia sistémica contra las mujeres, inacción policial y tolerancia social. A juicio del Tribunal, las autoridades sabían o deberían haber sabido que existía un riesgo real e inminente para la vida de la mujer. Hubo pues violación del artículo 2¹⁸.

También aprecia un incumplimiento de las obligaciones positivas, sustantivas y procesales, en el caso *Smiljanić c. Croacia* (25/032021): se trata de un conductor con un largo historial de infracciones que atropella a una persona al saltarse un semáforo mientras conducía ebrio¹⁹.

Las obligaciones de prevención y protección cobran una especial relevancia en los supuestos de accidentes o catástrofes naturales. En el caso *Kolyadenko y otros c. Rusia* (28-02-2012), el Tribunal consideró que las autoridades eran responsables en buena medida de la inundación repentina provocada por la evacuación del agua de una presa sin previo aviso a la población. Debían haber limitado la construcción de viviendas en las zonas de riesgo y haber establecido mecanismos preventivos de seguridad²⁰.

En algunos casos se puede llegar a establecer una reacción causa-efecto entre la negligencia de las autoridades y la pérdida de vidas humanas. Así, en el caso *Oneryildiz c. Turquía* (30-11-2004), a raíz de la tragedia causada por la explosión accidental de un vertedero situado cerca de un poblado chabolista. O en el asunto *Budayeva y otros c. Rusia* (20-03-2008), por las muertes provocadas por un deslizamiento de tierras. En el asunto *Kalender c. Turquía* (15-12-2009) no se dilucida la responsabilidad del Estado por una catástrofe natural, sino por un accidente de ferrocarril con víctimas y el Tribunal aprecia violación del artículo 2 porque las autoridades turcas incumplieron su deber de establecer un mínimo de condiciones de seguridad en las estaciones de tren.

Como ha puesto de relieve Fernando Rey²¹, la interpretación expansiva del contenido y el alcance del derecho a la vida ha llevado al Tribunal a enjuiciar en esa clave determinados errores o defectos de las autoridades a la hora de proteger la salud. Se abre así la posibilidad de depurar responsabilidades por negligencia o mala praxis médica²².

la debida diligencia y tomaron todas las medidas de protección necesarias de manera metódica y concienzuda. No estaban obligadas, por tanto, a adoptar medidas adicionales.

¹⁸ La inactividad de la policía, dice el Tribunal, es tanto más imperdonable cuanto que la violencia contra las mujeres se consideraba en el momento de los hechos un grave problema sistémico. *Vid.*, también, *A. y B. c. Georgia* (10-02-2022) y *Branko Tomasic y otros c. Croacia* (15-01-2009).

¹⁹ Las autoridades no adoptaron las medidas adecuadas frente a la reincidencia infractora. El marco normativo interno en materia de seguridad vial distaba mucho de ser riguroso y en la práctica tenía escaso efecto disuasorio para garantizar una prevención eficaz de los accidentes de tráfico. Tampoco el comportamiento de las autoridades inspiraba confianza en su capacidad para hacer respetar las normas.

²⁰ La sentencia constata la violación de los derechos a la vida (art. 2), al respeto de la vida privada (art. 8) y a la propiedad privada (art. 1 P1) de los demandantes, residentes en la ribera del río que sufrieron directamente la avalancha.

²¹ *Op. cit.*, pp. 129 y ss.

²² Así, se ha apreciado una violación del artículo 2 en los asuntos *Asiye Genç c. Turquía* (27-01-2015), por no haber prestado la debida asistencia sanitaria de urgencia a un neonato prematuro que acabó falle-

Una cuestión especialmente delicada es la relativa a la obligación de los Estados de proteger la vida cuando alguien decide poner fin a la misma. En el asunto *Lambert y otros c. Francia* (05-06-2015), los demandantes eran familiares de Vincent Lambert, que había quedado tetrapléjico como consecuencia de un accidente de tráfico. Impugnaban concretamente la resolución adoptada por el Conseil d'État, que había avalado la decisión tomada por el médico que atendía a Lambert de suspender el suministro de alimentación e hidratación artificial del paciente, con base en un informe realizado por un comité de tres médicos. La Gran Sala toma nota de la falta de consenso entre los Estados parte del Convenio en todo lo que concierne al final de la vida, por lo que se les ha de otorgar un cierto margen de apreciación. En este caso llega a la conclusión de que tanto la interpretación que hizo el Conseil d'État del marco jurídico nacional, como el meticuloso proceso que condujo a su decisión eran compatibles con las exigencias del artículo 2.

El Tribunal se ha pronunciado por primera vez sobre la conformidad con el Convenio de una eutanasia activa en el caso *Mortier c. Bélgica* (04-10-2022). El demandante alegaba que el Estado había incumplido su obligación de proteger la vida al permitir que los médicos practicasen la eutanasia a su madre, que sufría una grave depresión crónica, al amparo de la Ley vigente entonces en Bélgica²³. A juicio del Tribunal, el artículo 2 no prohíbe la despenalización de la eutanasia en determinados supuestos, pero esa eventual despenalización debe ir acompañada de garantías adecuadas. En este caso, el marco normativo que autorizaba la eutanasia bajo ciertas condiciones era conforme con el Convenio y la eutanasia se practicó con arreglo a la ley²⁴.

1.2. Las obligaciones que se derivan de los artículos 3 y 4. En virtud del artículo 3, los Estados están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar que ninguna persona bajo su jurisdicción sea sometida a torturas o tratos inhumanos o degradantes. Y eso incluye, por supuesto, la aprobación de una legislación que establezca una protección adecuada²⁵.

Es muy interesante a este respecto la reciente sentencia de 2 de mayo de 2023 en el caso *S.P. y otros c. Rusia*. Los demandantes, que cumplían penas de prisión en cárceles rusas, denuncian la segregación, las prácticas humillantes, el acoso y los malos

ciendo; *Magnitsky y otros c. Rusia* (27-08-2019), por la demora en la atención médica de emergencia a un preso con una enfermedad grave; o *Traskunova c. Rusia* (30-08-2022), por la muerte de una participante en un ensayo clínico de un nuevo medicamento que se llevó a cabo incumpliendo las garantías del consentimiento informado. En los tres asuntos se constató igualmente la violación de la dimensión procesal del derecho.

²³ La solicitud de eutanasia se hizo de forma voluntaria, meditada y reiterada. Una vez practicada, el procedimiento fue revisado por la Comisión Federal de Control y Evaluación de la Eutanasia que concluyó que se habían cumplido los requisitos previstos en la ley.

²⁴ Pero el Tribunal formula algunas reservas respecto de las garantías de la revisión *a posteriori*. Considera, en concreto, que el órgano administrativo que verificó el cumplimiento de la ley no era plenamente independiente, porque participa en sus reuniones el médico que practica la eutanasia, y la investigación penal no se completó en un plazo razonable. La mayoría de la Sala sostiene que esas deficiencias en la supervisión *post mortem* tienen la entidad suficiente para responsabilizar al Estado de la vulneración del artículo 2 en su dimensión procesal.

²⁵ Vid. los casos *H.L.R. c. Francia* (29-04-1997) y *Mahmut Kaya c. Turquía* (28-03-2000).

tratos cotidianos que venían sufriendo a manos de otros reclusos debido a su condición subordinada de «parias» en una jerarquía informal de presos, tolerada por las autoridades penitenciarias. El Tribunal no duda en afirmar que las autoridades eran conscientes, o deberían haber sido conscientes, de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban los demandantes, porque se trataba de un fenómeno sistémico y generalizado. Y sin embargo no adoptaron ninguna medida específica para garantizar la seguridad y el bienestar de los demandantes. A la vista de la magnitud del problema, «la inacción de las autoridades en este caso puede considerarse una forma de complicidad en los malos tratos infligidos a los internos bajo su protección»²⁶. Se hace responsable al Estado del trato degradante infligido realmente por un grupo de reclusos²⁷.

El Tribunal también ha interpretado de forma dinámica el artículo 4 para ampliar su perímetro e incluir, además de la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso, la prohibición de la trata de seres humanos. Recae, por tanto, sobre los Estados la obligación de establecer un marco normativo que sancione penalmente la trata de seres humanos y adoptar cualquier otra medida de protección que resulte adecuada, una obligación que no cumplen los Estados demandados en el caso *Rantsev c. Chipre y Rusia* (07-01-2010)²⁸.

1.3. *Las obligaciones vinculadas al derecho de defensa (art. 6).* La obligación del Estado de proporcionar al acusado una asistencia jurídica gratuita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6.3c) del Convenio, prácticamente la única obligación positiva incluida expresamente en su articulado, no se agota en la designación de un abogado de oficio, sino que comprende también el deber de asegurar su efectividad, adoptando para ello las medidas concretas que resulten necesarias, tal y como sostuvo el Tribunal en el caso *Artico c. Italia* (13-05-1980)²⁹. Una doctrina reiterada en varias decisiones posteriores³⁰, en las que ha precisado que los errores o negligencias del letrado de oficio sólo comprometen la responsabilidad del Estado en los supuestos más graves. Así, en el asunto *Sannino c. Italia* (27-04-2006) constata la violación del artículo 6.3 a la

²⁶ El Tribunal considera que la estigmatización y segregación física y social de los demandantes, junto con su asignación a tareas serviles (por ejemplo, limpiar letrinas o duchas) y la negación de sus necesidades básicas (ropa de cama, higiene y atención médica) mediante amenazas y ocasionalmente mediante violencia física y sexual, les generaba una angustia y un sufrimiento que excedían el ya inherente a la privación de libertad. Ante un problema estructural, los funcionarios de prisiones no sancionaban normalmente a los reclusos que cometían actos de violencia con el fin de obligar a otros reclusos a cumplir el código de conducta oficioso, propiciando de este modo un clima de práctica impunidad.

²⁷ *Vid.*, también, el caso *Pantea c. Rumanía* (03-06-2003), en el que el demandante fue brutalmente golpeado en su celda por otros presos.

²⁸ En el caso *V.C.L. y A.N. c. Reino Unido* (16-02-2021), el Tribunal entendió que las autoridades no habían adoptado medidas concretas para proteger a los menores que podían ser objeto de trata.

²⁹ Aunque un Estado no puede ser considerado responsable de los incumplimientos de un abogado de oficio, en este caso las autoridades italianas competentes tenían que haber actuado para garantizar que el demandante disfrutara efectivamente del derecho que le habían reconocido. Tenían dos opciones: sustituir al abogado o conminarle a desempeñar su función. Pero escogieron una tercera, la pasividad, cuando el Convenio les exigía la adopción de medidas positivas por su parte.

³⁰ En los casos *Goddi c. Italia* (09-04-1984), *Daud c. Portugal* (21-04-1998), *Cuscani c. Reino Unido* (24-09-2002), o *Falcão dos Santos c. Portugal* (03-07-2012), por ejemplo.

vista de las graves irregularidades observadas en la designación de un abogado de oficio no colegiado que no compareció en las distintas vistas del proceso y del hecho de que los sustitutos designados sucesivamente desconocían las actuaciones, carecieron del tiempo necesario para preparar la defensa y no prestaron, por tanto, una asistencia adecuada³¹.

1.4. *Las obligaciones derivadas del artículo 8.* El artículo 8, que reconoce un derecho tan versátil como el derecho a la vida privada³², es un escenario especialmente propicio para la aplicación de doctrina de las obligaciones positivas del Estado. Forzando al máximo la interpretación evolutiva (que llega a ser constructiva a veces) se han canalizado bajo ese paraguas pretensiones relativas a la protección del medio ambiente, pero también otras relacionadas con la identidad sexual, los derechos reproductivos o algunos derechos sociales como la salud o la vivienda³³.

El Tribunal ha deducido de este precepto la obligación positiva de facilitar la investigación de la paternidad (*Godelli c. Italia*, 25-09-2012). Y también el deber de modificar la anotación registral de una persona para reflejar su cambio de sexo (*Christine Goodwin c. Reino Unido*, 11-07-2002)³⁴. En relación con las parejas del mismo sexo, los Estados disponen de un amplio margen de apreciación para definir su régimen jurídico. No tienen la obligación positiva de reconocer ese vínculo como un matrimonio a todos los efectos (*Hämäläinen c. Finlandia*, 16-07-2014), pero sí la de establecer

³¹ En cambio, en el caso *Álvarez Sánchez c. España* (23-10-2001) la Sala rechazó la demanda como manifestamente mal fundada, argumentando que la presunta negligencia de un procurador de oficio podía dar lugar a una reclamación ante el colegio correspondiente y a la incoación de un procedimiento disciplinario, pero no comportaba la responsabilidad directa e inmediata del Estado.

³² Una visión crítica de esta expansión jurisprudencial de la noción de «vida privada», en Ángel José Gómez Montoro, «Vida privada y autonomía personal o una interpretación *passé-partout* del art. 8 CEDH», en AA.VV., *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, 2016, p. 640 y ss. El Tribunal ha convertido este derecho en un cajón de sastre, en un derecho «atrapalotodo», por utilizar la conocida expresión de Kirchheimer.

³³ *Vid.* Encarna Carmona, «Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *RDP*, núm. 100, 2017, pp. 1228 y ss.; Lara Redondo, «El papel del artículo 8 CEDH en la construcción del margen de apreciación nacional y la doctrina de las obligaciones positivas del Estado», *Anales de Derecho* núm. 1, 2020, pp. 2-6; y Alberto Macho, «La pérdida de la vivienda habitual en la doctrina del TEDH: una injerencia extrema en el derecho al respeto del domicilio», *Anales de Derecho*, núm. 1, 2020, pp. 1-24. Para Fernando Simón, este precepto es el verdadero «catalizador» de la protección medioambiental en el ámbito del Convenio (*op. cit.*, p. 241). La calidad de vida ambiental tiene difícil encaje en la vida privada protegida por el artículo 8, pero es la propia ambigüedad y elasticidad del concepto de vida privada y familiar lo que ha servido al Tribunal para ampliar progresivamente su ámbito de protección hasta convertirlo en un auténtico derecho al «libre desarrollo de la personalidad» (pp. 254-258).

³⁴ La Gran Sala admite que el Tribunal no había apreciado una injerencia en el derecho a la vida privada en asuntos resueltos con anterioridad, pero considera que los Estados ya no pueden seguir invocando su margen de apreciación y que ningún interés público o argumento científico se opone al reconocimiento jurídico del cambio de sexo. Es verdad que no existe un consenso europeo sobre la materia, pero el Convenio debe interpretarse «a la luz de las circunstancias actuales» y hay pruebas claras e indiscutibles de una tendencia internacional generalizada a reconocer legalmente la nueva identidad de género de los transexuales que han sido intervenidos quirúrgicamente (como la demandante). Declara por tanto la violación del artículo 8 y del 12, al privarse a los transexuales del derecho a contraer matrimonio.

«un marco jurídico específico» (*Oliari y otros c. Italia*, 21-07-2015)³⁵, de modo que la ausencia de cualquier forma de reconocimiento y protección jurídica de esas parejas sí puede constituir una vulneración del artículo 8³⁶.

En este terreno de la tutela de la vida privada, el activismo del Tribunal ha alcanzado cotas insospechadas. Sirva como botón de muestra la sentencia de la Gran Sala de 9 de julio de 2021 en el caso *M.A. c. Dinamarca*, que analiza en qué medida la imposición de un plazo mínimo de espera de 3 años para la concesión de la reagrupación familiar a quienes gozan del estatuto de protección subsidiaria o temporal es compatible con el artículo 8³⁷. El argumento decisivo que esgrime el Tribunal para condenar a Dinamarca es que la ley no permitía una evaluación individualizada a la luz de las circunstancias específicas de las personas afectadas ni un examen de la situación en el país de origen a fin de determinar las posibilidades reales de retorno. Al demandante no se le dio la oportunidad de justificar su petición en el marco de una revisión individualizada, razón suficiente para entender que las autoridades danesas no lograron con

³⁵ Esta interpretación es coherente con la que el Tribunal mantiene en relación con los artículos 12 y 14 (*Schalk y Kopf c. Austria*, 24-06-2010; y *Gas y Dubois c. Francia*, 15-03-2012).

³⁶ En la reciente sentencia de 17 de enero de 2023 en el caso *Fedotova y otros c. Rusia*, la Gran Sala condenó a Rusia por la imposibilidad de registrar o formalizar legalmente una unión entre personas del mismo sexo que mantienen relaciones estables, apelando una vez más a la interpretación evolutiva del Convenio. Ninguno de los motivos invocados por el Gobierno (la protección de la familia tradicional; la opinión mayoritaria de la opinión pública rusa, que desapruueba la homosexualidad; y la protección de los menores contra la promoción de la homosexualidad) prevalece sobre el interés de los demandantes en obtener un reconocimiento legal y una protección adecuada de sus relaciones de pareja. Una sociedad democrática en el sentido del Convenio rechaza cualquier estigmatización basada en la orientación sexual. Se basa en la igual dignidad de las personas y se nutre de la diversidad, que considera una ventaja y no una amenaza. La Gran Sala subraya el valor intrínseco que tiene para los demandantes el reconocimiento oficial de su relación, con independencia de los efectos jurídicos que produzca. Contribuye sin duda al desarrollo de su identidad personal y social, porque les confiere una visibilidad, además de una legitimidad, de cara al exterior. Y en nada perjudica a las familias tradicionales o limita los derechos de las parejas heterosexuales. A falta de reconocimiento oficial, las parejas del mismo sexo son meras uniones de hecho con arreglo al Derecho ruso. No puede considerarse, por tanto, que ese marco jurídico satisfaga las necesidades fundamentales de reconocimiento y protección de las parejas del mismo sexo.

³⁷ El demandante es un ciudadano sirio que huyó de su país y obtuvo en 2015 el «estatuto de protección temporal» por un período de un año. Después de pasar cinco meses en Dinamarca, solicitó reunirse con su esposa y sus dos hijos adultos, pero su solicitud fue denegada porque no había sido titular de un permiso de residencia durante los tres años anteriores, como exige la ley de extranjería, y no existían razones excepcionales que justificaran la reagrupación familiar. La sentencia reconoce que los Estados disponen de un amplio margen de apreciación, porque no existe un consenso a nivel europeo sobre la duración de los períodos de espera y no puede deducirse del Convenio la obligación positiva de permitir la reunificación familiar cuando la persona que solicita la reagrupación sólo tiene vínculos tenues con el país de acogida, no puede demostrar que dispone de ingresos estables para cubrir las necesidades básicas de los miembros de su familia, o no existen obstáculos insuperables para que la familia viva en el país de origen. El meollo de la cuestión es si al exigir ese plazo mínimo de 3 años, las autoridades danesas lograron un justo equilibrio entre el interés del demandante en reunirse con su esposa (llevaban 25 años casados) y el interés del Estado en controlar la inmigración para favorecer el bienestar económico del país y la correcta integración de los extranjeros y preservar la cohesión social. Pues bien, el Tribunal considera que un período de separación familiar de tres años cuando las personas que residen en el país de origen están expuestas a la violencia y el maltrato es demasiado largo. Además, la duración efectiva de la separación se prolongará inevitablemente más allá de ese período por los trámites administrativos.

su decisión un justo equilibrio entre los intereses en juego. Esta sentencia, respaldada por 16 de los 17 jueces de la Gran Sala, es una buena muestra del control, cada vez más incisivo, que el Tribunal ejerce al verificar el cumplimiento de las obligaciones positivas que dimanar de los preceptos del Convenio, y muy particularmente, del artículo 8, porque no duda en enmendar la plana al legislador nacional en un asunto tan delicado como la gestión de la inmigración, una decisión que le coloca al límite de su jurisdicción (o un poco más allá incluso).

Por lo que concierne al medio ambiente, la sentencia recaída en el caso *López Ostra c. España* (09-12-1994) es un punto de inflexión, porque inaugura una corriente jurisprudencial que se ha desplegado en diferentes direcciones, algunas inimaginables. En esta decisión se establece claramente la conexión entre vida privada y medio ambiente y se constata la vulneración del artículo 8 por la inactividad de las autoridades³⁸. Se extrae de este precepto un derecho a disfrutar del propio domicilio sin injerencias externas de tipo inmaterial, como olores, humos o ruidos y la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia para proteger la vida privada y familiar, aunque no se ponga en peligro la salud de los afectados. Lo que implica, en primer lugar, un marco regulatorio apropiado, una exigencia cuyo cumplimiento debe verificarse con flexibilidad, porque el legislador interno goza de una gran discrecionalidad en la elección de los medios, dada la complejidad de la política medioambiental³⁹.

Esta doctrina se ha aplicado con posterioridad en un buen número de asuntos, muchos de ellos provocados por las emisiones contaminantes de empresas privadas. En el caso *Guerra y otros c. Italia* (19-02-1998) el Tribunal dio carta de naturaleza al deber de informar a quienes residen en el entorno de una fábrica (de fertilizantes en este caso) de los riesgos asociados a las emisiones nocivas que esta produce. Se configura así, como reverso de ese deber, un derecho de acceso a la información ambiental necesaria para la defensa de los propios derechos e intereses, que se inscribiría dentro de una categoría más amplia, la del derecho a un procedimiento adecuado de adopción de decisiones que posibilite la participación de los afectados⁴⁰. En esta línea se insertan otros pronunciamientos como las dos sentencias dictadas en el caso *Hatton y otros c. Reino Unido*⁴¹

³⁸ La demandante, vecina de Lorca (Murcia), fue evacuada de su casa, al igual que otros vecinos, a causa de las emanaciones de gas, olores pestilentes y contaminación que producía una planta depuradora de aguas y residuos emplazada a escasos metros de su vivienda, que había iniciado su actividad sin la preceptiva autorización administrativa.

³⁹ El control que ejerce el Tribunal sobre la legislación interna es de baja intensidad. Buena prueba de esa deferencia es que en este terreno «prácticamente todas las decisiones estimatorias traen causa en un incumplimiento de la legalidad ordinaria protectora», de modo que si no se infringe la normativa interna no suele apreciarse la existencia de una violación (Fernando Simón, *op. cit.*, pp. 265-266 y Xabier Arzo, *op. cit.*, p. 168).

⁴⁰ Fernando Simón, *op. cit.*, p. 284. Este derecho comporta, según el Tribunal, dos exigencias. En primer lugar, la realización de investigaciones y estudios apropiados, de manera que se evalúen por anticipado los efectos de las actividades que pueden atentar contra el medio ambiente y los derechos de las personas. En segundo lugar, cualquier afectado ha de tener la posibilidad de participar en el proceso de autorización y formular las alegaciones que estime oportunas. *Vid.* los casos *Giacomelli c. Italia* (02-11-2006) y *Tătar c. Rumania* (27-01-2009).

⁴¹ Sentencias de 2 de octubre de 2001 (Hatton I) y 8 de julio de 2003 (Hatton II).

o las recaídas en los casos *Moreno Gómez c. España* (16-11-2004)⁴², *Oluic c. Croacia* (20-05-2010), *Martínez Martínez c. España* (18-10-2011) y *Cuenca Zarzoso c. España* (16-01-2018), con la contaminación acústica como denominador común. En relación con la polución generada por plantas industriales, destaca la sentencia en el asunto *Fadeyeva c. Rusia* (09-06-2005)⁴³.

1.5. *Obligaciones que el Tribunal deduce del artículo 10. Prima facie* no parece que la libertad de expresión sea un derecho que genere obligaciones positivas⁴⁴. Pero esa primera impresión es engañosa. Sobre las autoridades internas recae una primera y elemental obligación que es la de proteger a los periodistas que se ven amenazados en el ejercicio de su profesión. Corresponde a las autoridades garantizar un entorno adecuado para que los profesionales puedan desarrollar libremente su labor y participar en el debate público sin temor a expresar sus opiniones. En el caso *Dink c. Turquía* (14-09-2010), el Tribunal subrayó la importancia de esa protección (en conexión con el artículo 2), no sólo para la vida de los periodistas amenazados, sino también para la garantía de la libertad de expresión. En este caso, las autoridades turcas no protegieron al periodista, que finalmente fue asesinado, de las amenazas y los ataques de los miembros de un grupo ultranacionalista por sus manifestaciones sobre el genocidio armenio⁴⁵.

El Tribunal es consciente de que el pluralismo de los medios de comunicación es esencial en una sociedad democrática. A la hora de garantizar ese pluralismo los Estados gozan de un amplio margen de apreciación, pero bajo la supervisión del Tribunal. Así en el caso *Centro Europa 7 S. R. L. y Di Stefano c. Italia* (07-06-2012) la Gran Sala valoró muy negativamente la situación de virtual oligopolio en el mercado audiovisual italiano («constituye un incumplimiento por parte del Estado de su obligación positiva de establecer un marco legislativo y administrativo adecuado para garantizar un plura-

⁴² La demandante residía en un barrio valenciano que la propia Administración había declarado zona acústicamente saturada. Venía padeciendo un nivel de ruido insoportable en horario nocturno, mientras las autoridades permitían la apertura de nuevos locales de ocio. El Tribunal estima que en este caso los ruidos superan el nivel mínimo de gravedad exigible para certificar la existencia de una violación del art. 8. Además, la Administración había tolerado el incumplimiento reiterado de una reglamentación que ella misma había establecido. Y dada la intensidad de las molestias ocasionadas por los ruidos nocturnos a lo largo de varios años, concluye que esa pasividad de la Administración constituyó una vulneración grave de los derechos de la demandante protegidos por el art. 8.

⁴³ Los altos niveles de polución provocados por una fábrica de acero afectaban gravemente a la salud y el bienestar de los demandantes. Pese a ello, las autoridades no cumplieron con su obligación de proteger su derecho a la vida privada y a un medio ambiente saludable.

⁴⁴ En el caso *Appleby y otros c. Reino Unido* (06-05-2003), el Tribunal considera que no es obligación del Estado garantizar que en un centro comercial se pueda repartir propaganda y recoger firmas sobre un asunto de interés local.

⁴⁵ Antes, en el caso *Ozgur Gundem c. Turquía* (16-03-2003) los redactores y los propietarios de un periódico habían denunciado agresiones, incidentes violentos y asesinatos de periodistas y trabajadores que nunca fueron aclarados por las autoridades turcas, incapaces de proteger a los profesionales que trabajaban en ese medio. El Tribunal llegó a la conclusión de que el Estado demandado no había adoptado las medidas de protección e investigación adecuadas para preservar el derecho del periódico a la libertad de expresión. Al contrario, tomó algunas medidas de hostigamiento en contra del diario como registros y detenciones, así como numerosos procesamientos y condenas. De hecho, tuvo que suspender su publicación. El Gobierno turco se escudaba en la falta de pruebas de su complicidad o responsabilidad en esos hechos.

lismo efectivo en los medios de comunicación») y condenó a Italia por bloquear la puesta en funcionamiento de una nueva emisora de televisión.

2. LAS OBLIGACIONES DE CARÁCTER PROCESAL

La naturaleza y el alcance de las obligaciones de índole procesal ya se apunta en la sentencia, ya citada, que puso fin al caso *Airey c. Irlanda*⁴⁶. La Comisión había apreciado la existencia de una violación del artículo 6.1, porque la demandante no pudo ejercer su derecho de acceso a los tribunales. Pero el Tribunal fue más allá y, al analizar el asunto desde la perspectiva del artículo 8, llegó a la conclusión de que este precepto exige que el procedimiento judicial previsto para los casos de separación conyugal sea «efectivamente accesible» para quien desee utilizarlo⁴⁷. No se perfila aún el concepto de obligación procesal, pero se desprende con claridad la exigencia de que el Estado articule un marco normativo y unos procedimientos que aseguren el disfrute efectivo del derecho⁴⁸ y adopte en su caso medidas específicas con ese fin. En último término, lo que se pretende con esta interpretación extensiva de los compromisos que adquieren los Estados signatarios es que los derechos consagrados en este instrumento «no sean teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos», como tantas veces ha repetido el Tribunal.

En este ámbito de las obligaciones de carácter procesal, la más relevante es, sin duda, la obligación de llevar a cabo una investigación efectiva de las denuncias de una posible vulneración de un derecho reconocido por el Convenio. Entronca con las obligaciones de reparación características del Derecho internacional y guarda estrecha relación con la garantía de un recurso efectivo del artículo 13. Se concreta en la exigencia de una investigación oficial completa e imparcial que conduzca a la identificación, el enjuiciamiento y el castigo de los responsables de la violación alegada. Se trata de garantizar que los presuntos infractores, sean agentes públicos o particulares, rindan cuentas a través de los procedimientos penales, civiles o administrativos apropiados⁴⁹.

⁴⁶ La demandante quería obtener una decisión judicial que reconociese su separación legal en un momento en el que el divorcio no estaba autorizado en Irlanda. Pero en el procedimiento que se desarrollaba ante la High Court no se preveía la posibilidad de una ayuda para sufragar los servicios de un abogado, y no pudo presentar la correspondiente demanda. Para el Tribunal, un «obstáculo fáctico» puede violar el Convenio tanto como uno jurídico.

⁴⁷ Se produce, en cierto modo, una «absorción» de los artículos 6 y 13 por las disposiciones sustantivas del Convenio. Pero reina una cierta confusión sobre el fundamento de estas obligaciones, porque el Tribunal no siempre las vincula al derecho sustantivo, sino que en ocasiones las reconduce a los artículos 6.1 o 13 o apela incluso al artículo 1 (Colombine Madelaine: *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*. Université Montpellier I, 2012, pp. 74-76).

⁴⁸ En el caso *Savda c. Turquía* (12-06-2012), el Tribunal concluyó que la ausencia de una regulación o un procedimiento adecuado para poder ejercer el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar entrañaba una violación del artículo 9. Y en relación con el artículo 11 el Tribunal consideró en el asunto *Yeşilgoz c. Turquía* (20-09-2005) que «la ausencia de un control jurisdiccional de la prohibición de reuniones privó al demandante de garantías suficientes para evitar eventuales abusos».

⁴⁹ Esa reparación no tiene por qué implicar siempre la sanción penal de los responsables. Es más, el Tribunal ha desaconsejado la vía penal para reparar de forma adecuada y realista una supuesta discriminación

De entrada, los responsables de la investigación han de ser realmente independientes respecto de las personas implicadas en los hechos, lo que excluye cualquier relación jerárquica. Y la investigación debe realizarse con celeridad, porque la rapidez en la respuesta es esencial para mantener la confianza en el Estado de Derecho y descartar cualquier apariencia de tolerancia con actuaciones ilegales.

Esta obligación se vincula en un primer momento con la tutela integral de los derechos consagrados en los artículos 2 y 3 del Convenio, aunque se extenderá progresivamente a otros preceptos⁵⁰. En relación con el derecho a la vida, esa obligación positiva se perfila definitivamente en el asunto *McCann c. Reino Unido* (27-09-1995). Y se incumple cuando no se investiga de forma adecuada la desaparición de una persona⁵¹ o su muerte como consecuencia de un exceso en el uso de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad⁵² o de cualquier otra circunstancia.

antisindical. Y ha considerado que el Estado tendría que haber habilitado un procedimiento civil para proporcionar una protección efectiva contra este tipo de discriminación (*Danilenkov y otros c. Rusia*, 30-07-2009). En otros supuestos, en cambio, ha entendido que la garantía efectiva del derecho a la vida requería una respuesta adecuada de carácter penal. Así, en el caso *Öneryildiz c. Turquía*, antes citado, la Gran Sala señaló que tras la explosión accidental las autoridades llevaron a cabo una investigación, establecieron las causas del accidente y de las muertes e identificaron a los responsables, pero el objeto del proceso penal se limitó a determinar si las autoridades eran responsables de negligencia en el ejercicio de sus funciones, sin examinar su eventual responsabilidad por las muertes. El artículo 2 no confiere un derecho a que un tercero sea procesado o condenado penalmente, pero los tribunales no deben permitir que los atentados contra la vida queden impunes y deben disipar cualquier sospecha de tolerancia al respecto. En el caso *M. Özel y otros c. Turquía* (17-11-2015), el Tribunal evalúa la respuesta de las autoridades turcas ante las reclamaciones de las víctimas de un terremoto que causó numerosas muertes por el derrumbe de edificios construidos en una zona calificada de alto riesgo sísmico. Los demandantes que solicitaron una indemnización civil tuvieron que esperar entre 8 y 12 años a que los tribunales civiles dictaran sentencia, y las cantidades que se les concedieron por el daño moral derivado de la pérdida de sus familiares fueron modestas. En todos estos casos, la maquinaria judicial no fue eficaz a la hora de remediar el daño causado.

⁵⁰ *Vid.*, en relación con el artículo 8, la sentencia en el asunto *H.M. c. Turquía* (08-08-2006), que declaró vulnerado este derecho porque no se había investigado el registro efectuado sin orden judicial en el domicilio de un dirigente sindical por individuos que se identificaron como policías. O en relación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 (propiedad privada) la sentencia de 22-02-2005 en el caso *Novoselski c. Ucrania*, que sostiene que las autoridades de ese país no investigaron seriamente la desaparición de los bienes que el demandante tenía en su domicilio tras ser privado del mismo por una decisión del organismo administrativo en el que prestaba sus servicios.

⁵¹ *Vid.* el caso *Cakıcı c. Turquía* (08-07-1999).

⁵² El Tribunal insiste siempre en que las autoridades han de actuar con especial diligencia en los casos de excesos policiales para no transmitir la sensación de impunidad ante los posibles abusos. En los asuntos *Hugh Jordan, McKerr, Kelly y otros*, y *Shanaghan c. Reino Unido* (04-05-2001) el Tribunal concluyó que la investigación oficial de la muerte de un joven por disparos de la policía en Irlanda del Norte no había sido rápida, ni independiente, ni se había informado de la misma a los familiares de la víctima. En el caso *Asociación 21 de diciembre de 1989 y otros c. Rumania* (24-05-2011), se condenó a ese Estado por no haber investigado la violenta represión de las manifestaciones anticomunistas de diciembre de 1989; y en *Khadzhimuradov c. otros v. Rusia* (10-10-2017), el Tribunal concluye que las autoridades rusas no llevaron a cabo una investigación diligente para determinar los responsables del asesinato de 21 personas por las fuerzas especiales rusas en una ciudad cercana a Grozny, la capital chechena. Por el contrario, la Gran Sala descarta la existencia de una violación en el caso *Giuliani y Gaggio c. Italia* (24-03-2011), al considerar que la muerte de un joven durante una protesta antiglobalización no fue provocada por un uso desproporcionado de la fuerza y que hubo una investigación oficial efectiva.

Son muchas las decisiones en las que el Tribunal ha constatado la violación de la dimensión procesal del artículo 2. Por no investigar a fondo, por ejemplo, el asesinato de la periodista Anna Politkovskaya, crítica con el régimen del presidente Putin, para tratar de identificar a los autores materiales e intelectuales (*Mazepa y otros c. Rusia*, 17-07-2018). O el ataque con ácido a una mujer por parte de su exmarido, en un país con altos índices de violencia contra las mujeres, en el que las autoridades deberían ser especialmente diligentes para no contribuir al clima de impunidad (*Tershana c. Albania*, 04-08-2020)⁵³. A veces se constata la violación del artículo 2 en combinación con otros preceptos del Convenio, como el artículo 14, que entra en escena cuando se vislumbra un móvil discriminatorio como telón de fondo⁵⁴.

En el ámbito sanitario, el Tribunal ha insistido en la necesidad de que el sistema judicial ofrezca una respuesta adecuada a las denuncias motivadas por supuestas negligencias médicas con resultado de muerte. En el caso *Calvelli y Ciglio c. Italia* (17-01-2002) los retrasos en la causa judicial por homicidio involuntario habían impedido condenar al doctor presuntamente responsable de la muerte del hijo recién nacido de los demandantes. Las autoridades, recuerda el Tribunal, no sólo deben adoptar las medidas apropiadas para proteger las vidas de los pacientes, sino que están obligadas también a organizar un sistema judicial eficaz e independiente que pueda establecer la causa de la muerte de los pacientes y depurar las posibles responsabilidades⁵⁵.

De la prohibición de torturas y malos tratos establecida en artículo 3 se deriva también la obligación de los Estados de garantizar que las denuncias se investigan de manera independiente, exhaustiva e imparcial, que los responsables comparecen ante la justicia y que las víctimas de esos malos tratos reciben el resarcimiento adecuado. La Gran Sala ya constató la violación de esta dimensión procesal en el asunto *Labita c. Italia* (06-04-2000). En este caso la acusación de malos tratos infligidos al demandante por los guardias de una prisión no pudo probarse, por lo que no se violó el artículo 3 en su vertiente sustancial, pero sí en su faceta procesal, porque no fue objeto de una investigación efectiva⁵⁶.

En el período 2010-2018, el Tribunal condenó a España en ocho ocasiones por la insuficiente investigación de las denuncias por malos tratos formuladas por los deman-

⁵³ Vid., también, *Ribcheva y otros c. Bulgaria* (30-03-2021)

⁵⁴ Así, en el caso *Natchova y otros c. Bulgaria* (06-07-2005) en relación con el archivo de causa abierta a raíz de la muerte por disparos de la policía militar de dos reclutas gitanos desarmados. A la misma conclusión llega el Tribunal en los casos *Makhashev c. Rusia* (31-07-2012) en relación con el artículo 3.

⁵⁵ Las deficiencias observadas en el marco legal aplicable en estos supuestos resultan también determinantes en los asuntos *Silih c. Eslovenia* (09-04-2009), *Altug y otros c. Turquía* (30-06-2015) y *Vasileva c. Bulgaria* (17-03-2016). Esta doctrina se reitera en la sentencia de la Gran Sala en el asunto *Lopes de Sousa c. Portugal* (19-12-2017), que trae causa del fallecimiento del marido de la demandante por una infección hospitalaria tras una intervención quirúrgica. Las autoridades no pusieron en marcha una investigación completa ni ordenaron la apertura de un expediente disciplinario contra uno de los médicos involucrados. No se aprecia violación del artículo 2 en la vertiente material, pero sí en la dimensión procesal por la excesiva duración de los tres procedimientos (disciplinario, penal y civil) incoados para determinar si hubo negligencia médica. Vid., también, los casos *Scripnice c. República de Moldavia* (13-04-2021) y *Ashot Malkhasian c. Armenia* (11-10-2022).

⁵⁶ Entre los más recientes, destaca el asunto *X y otros c. Bulgaria* (02-02-2021).

dantes, en casi todos los casos (7 de los 8) detenidos sometidos a un régimen de incommunicación por su presunta implicación en actividades terroristas⁵⁷. En el caso *B.S. c. España* (24-07-2012), una mujer nigeriana que ejercía la prostitución fue agredida y detenida por agentes de la policía. La demandante alegó motivaciones racistas en estos hechos y el Tribunal constató la violación del artículo 14 combinado con el 3, porque las autoridades no habían investigado suficientemente ese posible móvil racista.

Obviamente, esta obligación de investigar los hechos no se limita a los infligidos por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. En el asunto *97 miembros de la Congregación de Testigos de Jehová de Gldani c. Georgia* (03-05-2007), el Tribunal calificó como inhumano el trato recibido por varios miembros de la Congregación, que fueron agredidos un grupo de fanáticos que decían apoyar a la Iglesia ortodoxa, y declaró que las autoridades habían adoptado una actitud ostensiblemente pasiva a la hora de aplicar la ley⁵⁸.

Finalmente, por lo que respecta a la prohibición de discriminación, hemos visto que del artículo 14 en combinación con el 2 o el 3, se deriva la obligación de investigar las denuncias de actos violentos que atenten contra la vida o la integridad física, con el fin de determinar si obedecieron a una motivación discriminatoria. En relación con las agresiones racistas por parte de agentes de la autoridad, el Tribunal ya estableció esa obligación en el asunto *Nachova y otros c. Bulgaria* (06-07-2005). En estos casos, además, la carga de probar que los prejuicios relacionados con el origen étnico no jugaron ningún papel en los hechos, corresponde a las autoridades⁵⁹. Pero esta obligación no se circunscribe a los actos violentos. En el asunto *Basu c. Alemania* (18-10-2022) la vulneración del artículo 14 (en conjunción con el 8) se produce por la ausencia de una investigación efectiva de una denuncia presentada por un ciudadano alemán de origen indio que había sido objeto de un control de identidad discriminatorio en un tren. Y en el caso *Beizaras y Levickas c. Lituania* (14-01-2020) lo que se dilucida es la posible violación de esos mismos preceptos por la negativa de los tribunales lituanos a enjuiciar a los autores de comentarios homófobos graves en Facebook, incluidos llamamientos indisimulados a la violencia, sin una investigación previa efectiva⁶⁰.

⁵⁷ En el asunto *Otamendi Eguiguren c. España* (16-10-2012), por ejemplo, el Tribunal considera que las investigaciones llevadas a cabo no fueron suficientemente profundas y efectivas para cumplir las exigencias del art. 3 CEDH. Pese a la insistencia del demandante en la denuncia de los malos tratos, el archivo de la causa se decretó sobre la única base de los informes y las declaraciones del médico forense, sin haber interrogado personalmente al demandante. Los medios de prueba suplementarios solicitados por Otamendi habrían podido contribuir al esclarecimiento de los hechos, en particular el interrogatorio de los agentes encargados de custodiarle durante su detención. España fue condenada por primera vez por la vulneración del art. 3 CEDH en su doble dimensión, material y procesal, en el asunto *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España* (13-02-2018).

⁵⁸ La respuesta de las autoridades ante una denuncia creíble de trata de seres humanos o prostitución forzada debe ajustarse también a las exigencias procesales que dimanen del artículo 4. En el caso *S.M. c. Croacia* (25-06-2020), la Gran Sala observó deficiencias significativas en la actuación de los tribunales inter-nos.

⁵⁹ Vid., también, los casos *Ognyanova y Choban c. Bulgaria* (23-02-2006) y *Stoica c. Rumanía* (04-03-2008).

⁶⁰ Vid., igualmente, *Behar y Gutman c. Bulgaria y Budinova y Chaprazov c. Bulgaria* (16-2-2021).

II. La proyección de las obligaciones positivas en las relaciones entre particulares

1. MARCO NORMATIVO Y CONCEPTUAL

Los artículos 33 y 34 del Convenio excluyen la posibilidad de promover una demanda contra un sujeto distinto de los Estados contratantes. No se admiten por tanto demandas dirigidas contra un particular o que se funden exclusivamente en una supuesta violación cometida por un particular⁶¹. Por lo demás, el Convenio no contiene ninguna disposición que declare expresamente que sus normas pueden ser invocadas *erga omnes*⁶².

Pero esto no significa que las disposiciones del Convenio sean irrelevantes en esta esfera de relaciones entre particulares y no puedan aplicarse a la hora de resolver litigios *inter privados*⁶³. La imputación al Estado de la violación cometida por un particular puede articularse de varias maneras. De hecho, el Tribunal ha explorado diferentes alternativas en la búsqueda de un criterio o título válido de imputación⁶⁴. En primer lugar, la responsabilidad del Estado puede fundarse en la existencia de normas que dan cobertura legal al comportamiento del particular. En el asunto *Young, James y Webster c. Reino Unido* (13-08-1981), los demandantes trabajaban en la British Rail, una empresa pública que en 1975 había llegado un acuerdo con tres sindicatos, supeditando el acceso y la permanencia en el empleo a la afiliación a uno de esos sindicatos. Al no cumplir esa condición, fueron despedidos. A pesar de que la causa inmediata de la violación del artículo 11 (libertad negativa de asociación) fueron los acuerdos entre la empresa y los sindicatos, se atribuye la responsabilidad al Estado porque la legislación británica

⁶¹ Así, en la decisión de inadmisión fechada el 1 de diciembre de 1986 en el asunto *D.P. c. Reino Unido*, la Comisión señala que no se puede hacer responsable al Estado de la presunta violación del artículo 1 del Protocolo 1 en un litigio en torno a la extinción de un contrato de arrendamiento entre particulares.

⁶² Una tesis rebatida por algunos autores que se aferran a una lectura *a sensu contrario* del artículo 13 («toda persona... tiene derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales»). No parece que esta declaración pueda interpretarse como un reconocimiento implícito de la eficacia *erga omnes* del Convenio. Como explica Andrew Clapham, después de rastrear los orígenes del precepto, la intención de quienes lo redactaron era simplemente la de excluir cualquier posibilidad de que los agentes del poder público se escudasen en el hecho de estar cumpliendo órdenes («The Drittwirkung of the Convention», en Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher y Herbert Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 125).

⁶³ Sobre esta cuestión, *vid.* Dean Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 1995; y «Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», en Frédéric Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 154-165; V. Saint-James y H. Pauliat, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme*, en Jean-Pierre Marguénaud (dir.), *CEDH et Droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, 2001, p. 77 y ss; y Lech Garlicki, «Relations between Private Actors and the European Convention on Human Rights», en András Sajó y Renata Uitz (eds.), *The Constitution in private relations: expanding constitutionalism*, Eleven International Publishing, 2005, p. 143 y ss.

⁶⁴ Xabier Arzoz, *op. cit.*, pp. 152-153.

vigente entonces permitía la cláusula de exclusión (*closed shop*) pactada entre el sindicato y la empresa, en cuya virtud todos los trabajadores deberían afiliarse al sindicato contratante⁶⁵.

Otra vía para justificar esa traslación de responsabilidad se ensaya en el asunto *Costello-Roberts c. Reino Unido* (25-03-1993): en este caso, se hace responsable al Estado del castigo corporal infligido a un alumno de un colegio privado, al considerar que las escuelas privadas forman parte del sistema público de enseñanza en el Reino Unido⁶⁶.

Pero tras superar una etapa de titubeos en la que la Comisión se resistía a aceptar la responsabilidad del Estado cuando la presunta violación no era causada directamente por una autoridad pública⁶⁷, el Tribunal descubrió el filón de las obligaciones positivas como opción estratégica para extender la garantía de los derechos reconocidos en el Convenio a las relaciones entre particulares⁶⁸. Las autoridades nacionales deben adoptar las medidas más adecuadas para prevenir y en su caso sancionar las injerencias de

⁶⁵ Como advierte Xavier Arzoz (*op. cit.*, p. 153) no se apela en este caso a las obligaciones positivas como soporte dogmático de la transferencia de responsabilidad al Estado. Esta no surge por la ausencia de legislación, sino por haber propiciado la vulneración del derecho por terceros particulares mediante una modificación legal que eliminó conscientemente la prohibición que excluía la aplicación de esos acuerdos a los trabajadores ya contratados. La ley ampara expresamente la práctica del *closed shop*. Años después, en un caso muy similar, *Sørensen y Rasmussen c. Dinamarca* (11-01-2006), la Gran Sala llegó a conclusión de que el Estado demandado no había cumplido su obligación de proteger la libertad sindical negativa de los demandantes, al permitir en su legislación que la afiliación obligatoria a un sindicato pueda constituir una condición previa para la contratación de un trabajador.

⁶⁶ El Estado está obligado a garantizar el derecho a la educación (art. 2 P. 2) en todos los centros, públicos y privados, la disciplina escolar es un elemento importante del modelo educativo y el Estado no puede endosar su responsabilidad a sujetos o entidades privadas. El Tribunal habría podido fundamentar su decisión en el mismo razonamiento que en *Young*, porque en ese momento la legislación británica solo prohibía el castigo corporal en las escuelas públicas. Se apartó sin embargo de ese precedente y optó por una argumentación distinta (Xavier Arzoz, *op. cit.*, p. 154). También podría haber recurrido al precedente de *Young* en el caso *Verein gegen Tierfabriken c. Suiza* (28-06-2001) porque la negativa de una cadena de televisión privada a emitir un anuncio remitido por una asociación de defensa del bienestar animal se basaba en una ley que prohibía la emisión de anuncios de contenido político en radios y televisiones, una prohibición que no responde, a juicio del Tribunal, a una necesidad imperiosa. La asociación demandante no era un poderoso grupo financiero o empresarial; sólo deseaba participar en el debate general sobre la protección de los animales en el único medio de ámbito nacional.

⁶⁷ Es bien ilustrativa a este respecto la decisión de la Comisión en el caso *Rommelfanger c. R.F.A.* (06-09-1989). El demandante era un médico que trabajaba en un hospital de la Iglesia católica y fue despedido por haber firmado un manifiesto en relación con el aborto que se publicó en una revista. Los tribunales alemanes consideraron que el despido estaba justificado porque el trabajador quebrantó su deber de lealtad hacia la institución. La Comisión advierte que fue un empleador privado el que despidió al demandante por expresar sus opiniones y no puede responsabilizarse al Estado de esa decisión. El demandante alegaba, no obstante, que la injerencia del Estado era indirecta, porque los tribunales alemanes no habían protegido su libertad de expresión, pero la Comisión señala que el demandante había asumido libremente entre otras obligaciones contractuales un deber de lealtad hacia la Iglesia católica que limitaba su libertad de expresión. Considera pues que los tribunales alemanes resolvieron de forma equilibrada el conflicto y el artículo 10 no impone al Estado una obligación positiva de «ofrecer una protección superior».

⁶⁸ Lo dice expresamente en relación con el respeto a la vida privada en el caso *X e Y c. Holanda* (26-03-1985). Una menor con una discapacidad mental fue agredida sexualmente en el centro privado en el que era atendida. En el ordenamiento holandés ni la víctima ni su padre como representante legal podían ejercer en este caso la acusación privada en un proceso penal. Sólo disponían de acciones civiles, que no brindaban

terceros. Invocando este nuevo canon jurisprudencial, el Tribunal declarará la existencia de una violación del Convenio cuando se acredite un déficit de protección frente a esas injerencias que sea imputable al Estado demandado, por la omisión del legislador interno⁶⁹, de las autoridades administrativas o de los órganos judiciales⁷⁰. Dicho de otro modo, se hace responsable al Estado (por omisión) de actos ilícitos cometidos por particulares cuando se acredita una falta de diligencia para prevenir o impedir la violación o para investigar los hechos, sancionar y reparar dicha violación⁷¹. Porque esa pasividad o tolerancia puede interpretarse como una aprobación tácita de esas injerencias⁷².

Se discute en la doctrina si la eficacia «horizontal» que los derechos del Convenio despliegan por esta vía es directa o indirecta⁷³. No voy a terciar en ese debate, porque a mi juicio, la utilización de las categorías «mediata» e «inmediata» resulta perturbadora y poco pertinente en este contexto⁷⁴. Los dos sectores doctrinales que aparecen enfren-

una protección adecuada y efectiva. Existe una laguna en el Código Penal que afecta a las víctimas de estas agresiones. El Estado incumplió por tanto su obligación de protegerlas.

⁶⁹ Vid. la sentencia en el asunto *Sovtransavto Holding c. Ucrania* (25-07-2002) que deduce del artículo 1 del Protocolo núm. 1 la obligación positiva de organizar un procedimiento judicial que ofrezca las garantías procesales necesarias y que permita resolver eficaz y equitativamente cualquier litigio entre particulares.

⁷⁰ Se condena al Estado por no haber dispensado a las personas bajo su jurisdicción una protección suficientemente efectiva frente a otros particulares. O frente a un ente público cuando no ejerce su *imperium*. En las sentencias dictadas en los casos *Sindicato Nacional de la Policía Belga* (27-10-1975) y *Sindicato Sueco de Maquinistas* (06-02-1976), relacionados ambos con la libertad de asociación, se extendió la eficacia del Convenio a las relaciones en las que el Estado actuaba sometido al Derecho privado. Frente a la postura de los respectivos Gobiernos, que sostuvieron que cuando un organismo público interviene como empleador no está sometidos a las obligaciones derivadas del Convenio, el Tribunal sostendrá que el Convenio no distingue entre el Estado como sujeto que ejerce un poder público y el Estado como empleador. En la primera de las sentencias señaló lo siguiente: «Es verdad que el Convenio garantiza las libertades tradicionales en relación al Estado como detentador del poder público. Esto no implica, sin embargo, que el Estado no pueda ser obligado a proteger a los individuos a través de medios apropiados contra ciertas formas de injerencia por otros individuos, grupos u organizaciones».

⁷¹ Arzoz cree que el Tribunal podría haber recurrido en bastantes ocasiones a las dos primeros títulos de imputación (esbozados en *Young y Costello*), rastreando posibles implicaciones del Estado, como la existencia de una legislación que ampara los abusos o el carácter público del sistema sanitario en su conjunto, pero tras esa etapa inicial de «tanteo», en la década de los 90 del pasado siglo descubre la utilidad y versatilidad de la teoría de las obligaciones positivas como marco general para trasladar la responsabilidad al Estado en muy diversos supuestos y prescinde de los otros criterios de imputación (*op. cit.*, pp. 155-156).

⁷² En los términos de la sentencia de Gran Sala en el caso *Chipre c. Turquía* (10-05-2001), que examina la posible responsabilidad de las autoridades turcas por los actos cometidos por particulares en el norte de Chipre: «si las autoridades de un Estado contratante aprueban, formal o tácitamente, actos de particulares que violan los derechos garantizados por el Convenio respecto de otros particulares sometidos a su jurisdicción, la responsabilidad de dicho Estado puede verse comprometida en virtud del Convenio. Cualquier otra conclusión sería incompatible con la obligación establecida en el artículo 1 del Convenio».

⁷³ Vid. una síntesis de ese debate en Xavier Arzoz, *op. cit.*, pp. 157-161. Señala este autor que, a diferencia de la teoría de la *Drittwirkung*, que pretende ampliar el ámbito subjetivo de aplicación del Convenio, con la doctrina de las obligaciones positivas se trata de extender el alcance de las obligaciones asumidas por los Estados contratantes (p. 161).

⁷⁴ Vid. Andrew Clapham, *op. cit.*, pp. 180 y ss. De hecho, el Tribunal de Estrasburgo nunca ha aludido en sus resoluciones a la doctrina de la *Drittwirkung*, a diferencia de la Corte Interamericana. Y ha renunciado

tados en este punto adoptan dos perspectivas distintas que no son necesariamente incompatibles. Desde un punto de vista que podríamos definir como procesal, la eficacia es mediata en la medida en que sólo los Estados pueden ser condenados por la violación de los derechos del Convenio, que establece un sistema de protección internacional subsidiario (una vez agotados los recursos internos). Desde un punto de vista material, sin embargo, puede sostenerse que esa eficacia es inmediata si se considera que lo que desencadena la responsabilidad estatal es la previa lesión del derecho por un particular.

2. UN ANÁLISIS DE LA OPERATIVA JURISPRUDENCIAL MÁS COMÚN

A estas alturas nadie discute esta proyección en la esfera de las relaciones privadas. No hace falta recordar las numerosas condenas por la vulneración del artículo 2 que tienen su origen en la agresión de un particular⁷⁵. Tampoco son pocas las relacionadas con el artículo 3⁷⁶. La más emblemática es seguramente la impuesta por la Gran Sala en el caso *O'Keeffe c. Irlanda* (28-01-2014), porque trae causa de los abusos sexuales de un profesor en una escuela gestionada por la Iglesia católica y se justifica por la inexistencia de mecanismos de detección y denuncia útiles.

Si colocamos el foco en la protección del derecho a la vida privada, es evidente que muchas de las intromisiones en la intimidad, la reputación⁷⁷ o el domicilio que han terminado por imputarse al Estado demandado no proceden de autoridades o agentes públicos⁷⁸. Lo hemos visto al analizar las obligaciones positivas que dimanaban del derecho a disfrutar del domicilio o de un medio ambiente saludable. Pero también se ha responsabilizado al Estado del internamiento irregular de una persona en varias clínicas psiquiátricas privadas⁷⁹.

incluso a la construcción de un mínimo andamiaje dogmático: en una de sus sentencias confiesa que no considera «deseable, menos aún necesario, elaborar una teoría general sobre el alcance de la aplicabilidad de las garantías del Convenio a las relaciones entre particulares» (*Verein gegen Tierfabriken c. Suiza* § 46).

⁷⁵ El caso *Osman* sin ir más lejos. Pero también los casos *Mastromatteo*, *Kotilainen*, *Tkheldidze o Smiljanić*.

⁷⁶ *Vid.* el caso *A. c. Reino Unido* (23-09-1998) en el que se condena al Estado por los castigos corporales infligidos a un menor por su padrastro. O los casos *M. C. c. Bulgaria* (04-12-2003) y *S.P. y otros c. Rusia*, mencionado *supra*. Cuando las agresiones a menores alcanzan un cierto umbral de gravedad (violaciones o abusos sexuales) la respuesta debe ser penal (*Söderman c. Suecia*, 12-11-2013).

⁷⁷ *Vid.* *Caroline von Hannover c. Alemania* (24-06-2004).

⁷⁸ En el caso *C. c. Rumanía* (30-08-2022) se hizo responsable al Estado demandado de las ostensibles deficiencias en la investigación penal de una denuncia de acoso sexual en el lugar de trabajo. Tras la presentación de la denuncia, la demandante siguió sufriendo las consecuencias de dicho acoso y, finalmente, se vio obligada a dimitir.

⁷⁹ En el caso *Storck c. Alemania* (16-06-2005) se condena al Estado demandado por la violación de los artículos 5.1 y 8 por el internamiento de la demandante en varios hospitales psiquiátricos contra su voluntad. Se le obligó además a tomar medicamentos que la destruyeron física y psicológicamente. Por un lado, se le privó de libertad durante dos años sin la preceptiva autorización judicial. Y por otro, el tratamiento que se le administró a la fuerza atentó contra su integridad física. La injerencia en ambos derechos se atribuye al Estado por la implicación de la policía, que llevó a la demandante de vuelta a la clínica cuando se fugó, por

No faltan tampoco ejemplos de esa proyección en la tutela de la libertad religiosa. En el asunto *Karahmed c. Bulgaria* (24-02-2015), el Tribunal no dudó en responsabilizar al Estado demandado por el incumplimiento de la obligación positiva de proteger la libertad de culto de los fieles reunidos en una mezquita frente a un grupo de manifestantes convocados por un partido político. Las autoridades fueron informadas de la convocatoria, pero no tomaron las medidas necesarias para garantizar el libre ejercicio de la libertad religiosa y evitar que la tensión degenerase en violencia⁸⁰.

Por lo que concierne al artículo 11, a nadie se le oculta que para garantizar el libre ejercicio del derecho de reunión no basta con que las autoridades se abstengan de intervenir impidiendo u obstaculizando indebidamente la celebración de manifestaciones pacíficas. Han de tomar las medidas de prevención y vigilancia que sean necesarias en función de las circunstancias, porque sobre ellas recae la obligación positiva de proteger dicho ejercicio frente a posibles intromisiones de particulares. Esta obligación se establece con meridiana claridad en la sentencia dictada en el caso *Plattform Ärzte für das Leben c. Austria* (21-06-1988) en respuesta a la demanda promovida por una asociación de médicos contrarios al aborto que habían organizado una manifestación que fue boicoteada por contramanifestantes. Los participantes en una manifestación tienen derecho a celebrarla pacíficamente, con todas las garantías de seguridad y sin temor al acoso o las agresiones de contramanifestantes cuya presión intimidatoria pueda coartar o anular el legítimo derecho que aquéllos pretenden ejercer⁸¹.

En relación con el derecho de asociación, es verdad que las relaciones internas que se desenvuelven en el seno de una asociación y no afectan a terceros quedan excluidas, en principio, de la esfera de protección del artículo 11, que garantiza la plena autonomía normativa y organizativa de las asociaciones⁸². Pero, dejando al margen la inter-

el incumplimiento de su obligación de proteger la libertad de la demandante (su internamiento no se basó en una decisión judicial y ningún funcionario de la sanidad pública dictaminó nunca que representase una amenaza grave para la seguridad pública), por el incumplimiento por parte de los tribunales del espíritu de los artículos 5 y 8 en su interpretación de las normas internas aplicables a las demandas de indemnización; y por la falta de supervisión efectiva de las instituciones psiquiátricas privadas.

⁸⁰ Mientras los fieles asistían a la oración del viernes, los manifestantes protestaban contra el ruido procedente de los altavoces de la mezquita durante la llamada a la oración. Además de insultar y lanzar huevos y piedras, intentaron colocar sus propios altavoces en el techo de la mezquita, con el consiguiente forcejeo con los fieles. El cordón de seguridad formado por una docena de policías era claramente insuficiente. Y la situación sólo se calmó por el abandono de los manifestantes después de interrumpir las oraciones y prender fuego a algunas de las alfombras de oración de los fieles. Las investigaciones de la policía y la Fiscalía no arrojaron resultados concretos. No se logró identificar a los provocadores.

⁸¹ En el caso *Identoba y otros c. Georgia* (12-05-2015), la Sala estimó que las autoridades habían incumplido su obligación de proteger a los manifestantes contra la violencia de carácter homófobo (fueron insultados, amenazados y agredidos por un grupo de contramanifestantes) y llevar a cabo una investigación efectiva, incurriendo así en una violación del artículo 11 en conjunción con el 14. *Vid.*, también, la sentencia de 1 de diciembre de 2020 en el caso *Berkman c. Rusia*.

⁸² El derecho a fundar una asociación comporta el derecho de quienes la constituyen a dotarse de sus propios estatutos y a organizarse de puertas adentro sin interferencias. A diferencia de lo que han establecido, por ejemplo, los tribunales españoles, no se acaba de reconocer esa otra dimensión del derecho individual de asociación, que garantizaría al socio o afiliado una mínima protección frente a las decisiones arbitrarias de los órganos de gobierno de su propia asociación.

vención en las controversias internas, los Estados tienen la obligación de asegurar el ejercicio real y efectivo del derecho de asociación *erga omnes*⁸³. Y ese compromiso incluye la obligación de ofrecer garantías y un control jurisdiccional en el caso de despidos de trabajadores motivados exclusivamente por la pertenencia de éstos a un determinado partido. Así, en el asunto *Redfearn c. Reino Unido* (06-11-2012), el Tribunal llegó a la conclusión de que se había conculcado la libertad de asociación de un trabajador que fue despedido durante su período de prueba por su afiliación a un partido político y no pudo impugnar en los tribunales ese despido abusivo, porque la ley entonces vigente sólo contemplaba esa posibilidad durante el primer año de empleo si el despido discriminatorio se funda en determinados motivos (embarazo, sexo, raza o religión).

Las carencias de la legislación interna juegan también un papel decisivo en el caso *Wilson, National Union of Journalistes y otros c. Reino Unido* (02-07-2002)⁸⁴. El Tribunal apreció unánimemente la existencia de una infracción del artículo 11 imputable al Estado, no por adoptar un sistema de negociación colectiva de carácter voluntario, sino por permitir a los empleadores recurrir a incentivos económicos para lograr que los trabajadores renuncien a derechos sindicales importantes, incumpliendo así su obligación positiva de garantizar el disfrute efectivo de los derechos consagrados por el citado precepto⁸⁵.

La libertad sindical vuelve a estar en juego en el asunto *Danilenkov y otros c. Rusia* (30-07-2009). En una empresa privada rusa los trabajadores afiliados a un sindicato que había convocado una serie de huelgas fueron víctimas de un trato discriminatorio sistemático. A la vista de las circunstancias, el Tribunal condenó a Rusia por vulneración del artículo 14 en relación con el 11, porque estos preceptos imponen al Estado la obligación positiva de asegurar una protección judicial clara y efectiva contra toda discriminación provocada por la afiliación a un determinado sindicato.

⁸³ Esta obligación cobra una especial importancia cuando se trata de personas o grupos cuyas opiniones son impopulares o minoritarias. *Vid.* los casos *Bączkowski y otros c. Polonia* (03-05-2007) y *Zhdanov y otros c. Rusia* (16-07-2019).

⁸⁴ Los demandantes sostenían que el derecho de toda persona a adherirse a un sindicato para la defensa de sus intereses comprende necesariamente el derecho a ser representado por su sindicato en las negociaciones con el empleador y a no ser objeto de discriminación por ejercer ese derecho consustancial a la libertad sindical, un derecho que la legislación vigente entonces en el Reino Unido no garantizaba adecuadamente, porque permitía a los empleadores tratar de un modo menos favorable a los trabajadores que no estaban dispuestos a renunciar al derecho a ser representados por el sindicato de su elección en la negociación colectiva. Era una medida disuasoria de la afiliación sindical, pero lo cierto es que el Derecho interno no prohibía al empleador ofrecer ventajas a aquellos asalariados que renunciasen a ese derecho.

⁸⁵ En el caso *Sibson c. Reino Unido* (20-04-1993), el Tribunal se inclinó, en cambio, por un fallo desestimatorio, al entender que no existía un acuerdo de *closed shop* y al demandante no se le amenazó con el despido (se le ofrece trabajar en un almacén cercano, en condiciones similares). Disponía, por tanto, de una alternativa razonable. Estos factores llevan a la mayoría del Tribunal a sostener que la libertad de asociación del demandante no se vio afectada en su núcleo sustancial. Discrepa de esa conclusión en su opinión disidente el Juez Morenilla. A su juicio, la libertad de asociación de Sibson fue vulnerada debido a la coerción ejercida por su empleador, que le amenazó con trasladarle a otro lugar de trabajo si no se volvía a afiliarse al sindicato. Y de esa violación injustificada del artículo 11 es responsable el Estado.

3. EL CONTROL DEL «JUSTO EQUILIBRIO» EN LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES INTERNOS. ALGO MÁS QUE UNA EFICACIA MEDIATA AL USO

El impacto multidireccional de la doctrina jurisprudencial de las obligaciones positivas es muy relevante. Podríamos decir que es un arma de intervención o revisión masiva. Pero en ocasiones el Tribunal ejerce un control más intenso de las decisiones de los tribunales internos en este ámbito de los conflictos entre particulares. Revisa a fondo la ponderación efectuada en las resoluciones impugnadas y comprueba si se ha logrado un justo equilibrio entre los intereses en juego, apelando al deber de protección que incumbe específicamente a los órganos judiciales internos, que no pueden dejar de garantizar el libre ejercicio del derecho frente a agresiones que no proceden de un poder público. Y en este frente el Tribunal ha ido un poco más lejos de la versión estándar de la doctrina de las obligaciones positivas y saltándose el guion ha venido a reconocer abiertamente la *eficacia inter privados* de los derechos del Convenio.

Me limitaré a ofrecer algunos ejemplos de esta variante heterodoxa. Es muy reveladora, por ejemplo, la sentencia recaída en el caso *Khurshid Mustafa y Tarzibachi c. Suecia* (16-12-2008), porque el Tribunal consideró que la rescisión de un contrato de arrendamiento motivada por la decisión de los arrendatarios, una pareja de origen irakí, de instalar en la fachada y no retirar una antena parabólica destinada a captar las emisiones de televisión de su país de origen constituyó una injerencia desproporcionada en el derecho de los demandantes a la libertad de recibir información. En respuesta a la alegación del Gobierno de que la demanda era inadmisibile porque el asunto se refería a un litigio contractual entre dos particulares, el Tribunal indica que la rescisión y el consiguiente desalojo fue consecuencia de una decisión judicial, en aplicación de la legislación interna, por lo que el Estado demandado podía ser considerado responsable de la eventual infracción del artículo 10.

En el ámbito de las relaciones laborales, es significativa la sentencia dictada en el caso *Herbai c. Hungría* (05-11-2019) a raíz del despido de un trabajador por haber publicado en su página web particular unos artículos que, según la empresa, violaban las normas internas de confidencialidad y ponían en riesgo los intereses comerciales del banco. El demandante sostiene que los artículos en cuestión se referían a asuntos de interés profesional y público, no directamente relacionados con su empleador. Y el Tribunal le da la razón y declara que las autoridades no han demostrado de manera convincente que el rechazo de los recursos presentados por el demandante contra su despido, una sanción muy grave, se basara en un justo equilibrio de los derechos en juego. Las decisiones judiciales se fundaron únicamente en consideraciones de índole contractual (el potencial perjuicio para los intereses comerciales del banco), sin tener en cuenta en su ponderación el derecho a la libertad de expresión del demandante.

Pero es en el ámbito del artículo 8 donde podemos encontrar más ejemplos de esta tendencia del Tribunal a ponderar directamente los derechos en conflicto enmendando la plana a los tribunales nacionales. Ya adopta este enfoque en un caso, *Van Kuck c. Alemania* (12-06-2003), en el que la demandante impugnaba la negativa de su com-

pañía de seguros a reembolsarle los gastos médicos por una operación de reasignación de sexo. El Tribunal examina si los tribunales alemanes cumplieron su obligación de proteger el derecho de la demandante al respeto de la identidad sexual libremente elegida. Y concluye que no lograron un justo equilibrio entre los intereses de la compañía de seguros, por una parte, y los del particular, por otra⁸⁶.

En esa misma línea se inscribe la sentencia dictada en el caso *I.B. c. Grecia* (03-10-2013), que trae causa del despido de un trabajador seropositivo por la presión ejercida por los otros empleados de la empresa que se negaron a trabajar con él⁸⁷. La respuesta del Tribunal sobre la aplicabilidad del artículo 8 es inequívoca: «no cabe ninguna duda de que las cuestiones relativas al empleo, así como a las situaciones que afectan a personas portadoras del VIH entran en el campo de aplicación de la vida privada». Está claro, añade el Tribunal, que el despido del demandante conduce a estigmatizar a una persona que, si bien es portadora del VIH, no presenta ningún síntoma de la enfermedad. Esa medida tiene graves repercusiones sobre su vida privada, a lo que hay que sumar la incertidumbre ligada a la búsqueda de un nuevo empleo. El Tribunal constata la violación del artículo 8, al considerar que los tribunales griegos no justificaron suficientemente las razones por las que hicieron prevalecer los intereses del empleador sobre los del demandante, que fue víctima, además, de una discriminación fundada en su estado salud (artículo 14).

Y es que el derecho a la vida privada es uno de esos derechos fundamentales «inespecíficos», que ostenta el trabajador como ciudadano, y que se ejercen cotidianamente, con toda naturalidad, en el ámbito laboral⁸⁸. Así, la vigencia en ese ámbito del secreto de las comunicaciones, que se integra dentro de la noción convencional de vida privada, se reconoce de forma explícita en la sentencia de la Gran Sala en el caso *Barbulescu c. Rumanía* (05-09-2017). El asunto tiene por objeto la decisión de una empresa privada de rescindir el contrato de un empleado tras haber accedido al contenido de sus correos electrónicos. Es verdad que el Tribunal no se pronuncia, porque no tiene competencia para ello, sobre la actuación empresarial, pero lo que se plantea es, en realidad, si el trabajador puede invocar el secreto de las comunicaciones o su derecho a la intimidad cuando la empresa accede a los equipos que le ha facilitado para desarrollar la actividad laboral. Lo más significativo de esta sentencia es la rotunda afirmación de la vigencia del derecho a la vida privada y la confidencialidad de la correspondencia en el marco de una relación laboral: «las comunicaciones del Sr. Bărbulescu en su lugar de trabajo estaban cubiertas por las nociones vida privada y correspondencia, por lo que el artículo 8

⁸⁶ Entre otras cosas, porque cuestionaron la necesidad médica de la operación de cambio de sexo. Al Tribunal le parece desproporcionado exigir a una persona que demuestre la necesidad médica de un tratamiento en un ámbito que afecta a uno de uno de los aspectos más íntimos de su vida privada.

⁸⁷ El demandante alega una violación de su derecho a la vida privada, al haberse considerado legal su despido y denuncia asimismo que esa decisión fue discriminatoria (art. 14), porque el motivo aducido —la necesidad de preservar el clima de trabajo en la empresa— no podía servir de justificación para un trato diferente, menos favorable que el dispensado a sus compañeros.

⁸⁸ Con las modulaciones que impone la especial naturaleza de la relación laboral, que es una relación de subordinación que permite determinadas inferencias en el ámbito protegido por el derecho a la vida privada que en otro contexto requerirían una autorización judicial.

es aplicable en este asunto» y «las instrucciones de un empleador no pueden reducir a la nada el ejercicio de la vida privada en el lugar de trabajo»⁸⁹.

La Gran Sala admite que las empresas pueden revisar el contenido de las comunicaciones de sus trabajadores durante el horario laboral si se realizan a través de dispositivos de la compañía. Una vigilancia que estaría justificada en este caso porque la normativa interna de la compañía había prohibido expresamente ese uso personal no relacionado con la actividad laboral. Eso sí, se debe avisar antes a los trabajadores, un matiz importante. La sentencia concluye que las autoridades no lograron un justo equilibrio entre los intereses en juego y no protegieron el derecho del demandante al respeto de su vida privada⁹⁰.

El Tribunal parte de esa misma premisa, la vigencia del derecho a la vida privada en el contexto laboral, en el asunto *López Ribalda y otras c. España*, suscitado a raíz de la videovigilancia secreta o encubierta de cinco cajeras de un supermercado ante la sospecha fundada de hurtos⁹¹. En la primera sentencia, dictada el 9 de enero de 2018, la Sala constató la violación del derecho invocado por las demandantes. A su juicio, la videovigilancia llevada a cabo por el empresario no cumplió los requisitos establecidos en la legislación interna, en particular la obligación de información previa, explícita, precisa e inequívoca a los afectados sobre la existencia y las características de un sistema de recogida y tratamiento de datos personales. En definitiva, los tribunales españoles

⁸⁹ El comunicado de prensa oficial del propio Tribunal es bien elocuente: «La medida litigiosa, a saber, la vigilancia de las comunicaciones del Sr. Barbulescu que condujo a su despido, fue adoptada ciertamente por una empresa privada, pero fue validada por los tribunales nacionales. El Tribunal estima por tanto que procede analizar la queja bajo el ángulo de las obligaciones positivas del Estado. Las autoridades nacionales estaban obligadas a ponderar los intereses concurrentes en juego, a saber, el derecho del Sr. Barbulescu al respeto de su vida privada, por un lado, y el derecho del empleador a tomar medidas para asegurar el buen funcionamiento de la empresa, por otro».

⁹⁰ Los tribunales rumanos no verificaron, en primer lugar, si el demandante había sido previamente advertido por su empleador de la posibilidad de que sus comunicaciones fueran vigiladas, ni de la naturaleza y el alcance de esa vigilancia ni del grado de intromisión en su vida privada y su correspondencia. Y tampoco verificaron suficientemente la existencia de razones específicas que justificasen la puesta en marcha de medidas de vigilancia. En segundo lugar, no consideraron la posibilidad de que el empleador hubiera alcanzado el objetivo perseguido aplicando medidas menos intrusivas para la vida privada del trabajador (grabó en tiempo real todas las comunicaciones del trabajador en ese período de vigilancia, y accedió e imprimió su contenido sin su consentimiento). Y en tercer lugar, no tuvieron en cuenta la gravedad de la sanción impuesta, la más severa. Hemos de reconocer, no obstante, que la jurisprudencia del Tribunal en este punto no es lineal y en su evolución se registran oscilaciones. Así, su compromiso en la defensa del este derecho se ha visto un tanto desdibujado por una sentencia posterior, la dictada en el caso *Libert c. Francia* (22-02-2018), que no apreció una violación del artículo 8 en el despido de un trabajador tras el registro del disco duro de su ordenador.

⁹¹ La videovigilancia se había puesto en marcha al detectarse un desfase entre el nivel de stocks y las cifras de ventas diarias. Con el fin de investigar ese desfase, la empresa instaló videocámaras tanto visibles como ocultas. La finalidad de las cámaras visibles era la de grabar posibles robos de los clientes y se situaron en la entradas y salidas del supermercado. El objetivo de las cámaras ocultas era el de grabar y controlar posibles robos por parte de las empleadas y enfocaban las cajas registradoras. La empresa informó a sus trabajadoras sobre las cámaras visibles, pero no sobre las ocultas y por tanto no sabían que estaban siendo grabadas. Las cámaras las habían grabado ayudando a clientes y amigos a robar artículos y robando ellas mismas otros productos. Los tribunales españoles admitieron esas cintas como prueba válida y consideraron procedentes los despidos en todas las instancias.

no alcanzaron un justo equilibrio entre el derecho de las demandantes al respeto de su vida privada y los derechos patrimoniales del empleador. Pero esta Sentencia fue revocada por otra dictada por la Gran Sala el 17 de octubre de 2019, que consideró que los tribunales españoles sí habían ponderado cuidadosamente los derechos en juego.

En estos casos, se diluye bastante, a mi modo de ver, la diferencia que señala Arzoz entre los efectos jurídicos de una eventual aceptación de la eficacia horizontal inmediata del Convenio, que implicaría que sus disposiciones serían «inmediatamente aplicables y determinantes para resolver los litigios entre particulares» y la constatación de que un Estado ha incumplido sus obligaciones positivas por no haber tomado medidas adecuadas para proteger a los particulares, de la que no se derivaría «una regla de derecho directamente aplicable al litigio concreto», sino la obligación de corregir, de cara al futuro, la legislación o las prácticas internas, si se quiere evitar una nueva condena⁹². Para este autor, «las obligaciones positivas aportan cierta efectividad —sin llegar a la aplicabilidad— a las disposiciones sustantivas del Convenio en las relaciones entre particulares»⁹³. Creo que en la práctica esa línea divisoria se difumina en los casos en los que se revisa la forma en que los órganos judiciales han resuelto el conflicto entre particulares, operando como un tribunal de última instancia, que no duda en imponer su propia valoración de los hechos. Una dinámica que evoca la de nuestro Tribunal Constitucional en los recursos de amparo contra resoluciones judiciales (art. 44 LOTC): al órgano judicial se le reprocha justamente el no haber corregido la lesión causada en primer término por un particular. Es evidente que el verdadero origen de la lesión está en la conducta de un actor privado y lo que se dilucida realmente en el proceso constitucional de amparo es la licitud o ilicitud constitucional de esa conducta.

⁹² *Op. cit.*, p. 162.

⁹³ *Op. cit.*, p. 169.

LAS DISTINTAS VERTIENTES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

MARGARITA BELADIEZ

Letrada del Tribunal Constitucional

I. Delimitación del objeto de estudio

El Tribunal Constitucional, en una constante y reiterada jurisprudencia, ha deducido del principio de igualdad que consagra art. 14 CE no sólo el derecho a la igualdad en la ley (en las normas), sino también a la igualdad en su aplicación. El objeto de este trabajo es analizar esta última manifestación del principio de igualdad cuando quienes aplican el Derecho son poderes públicos.

Cuando se alude al principio de igualdad en la aplicación del Derecho se suele hacer referencia a los supuestos en los que los órganos judiciales se apartan de uno de sus precedentes sin explicar el cambio de criterio. Ahora bien, esta dimensión del principio de igualdad no se agota en esta manifestación. La vulneración del principio de igualdad como consecuencia de la aplicación del Derecho se produce también en otros casos. Así ocurre cuando los órganos públicos, al aplicar el Derecho, exigen el cumplimiento de requisitos no previstos en las normas quebrando, de este modo, el criterio igualitario en ellas establecido; cuando las interpretan creando diferencias con otras situaciones análogas amparadas por el ordenamiento jurídico o cuando adoptan decisiones discriminatorias.

En el primer tipo de supuestos nos encontramos ante una vulneración del principio de igualdad que puede calificarse como formal, pues la resolución que se dicta es contraria a la igualdad no por su contenido, sino porque el aplicador del Derecho ha decidido de forma diferente a como lo había hecho en un caso análogo sin que exista un motivo que lo justifique; en el segundo se podría considerar que se vulnera el principio de igualdad en la aplicación del Derecho en su vertiente material, dado que los actos dictados son, por sí mismos, con independencia de lo decidido en resoluciones anteriores por ese órgano, contrarios al valor que este principio consagra.

Son, por tanto, estas diferentes vertientes del principio de igualdad en la aplicación del Derecho las que se van a analizar en este trabajo. No obstante, como la interdicción de discriminación que contiene el art. 14 CE tiene entidad suficiente para considerarla una vertiente autónoma del este principio y ha sido objeto de innumerables estudios no va a ser objeto de análisis en este trabajo.

II. Precedente judicial y derechos fundamentales

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD

El derecho a la igualdad en la aplicación judicial del derecho, entendido como el derecho a que los órganos judiciales no se aparten de sus resoluciones anteriores dictadas en casos análogos sin justificar el cambio de criterio, paradójicamente, no es un derecho que garantice la igualdad, sino que lo proscribe es la arbitrariedad. La STC 90/2023, de 11 de septiembre, FJ 6, que sintetiza la jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión, lo afirma con toda claridad al exponer que «[e]l derecho a la igualdad en la aplicación judicial del Derecho, en contra de lo que su propia denominación puede sugerir, no garantiza el derecho a un trato igual en la aplicación del ordenamiento jurídico, sino el derecho a que los órganos judiciales no cambien de criterio arbitrariamente». En la sentencia aludida, que cita, a su vez, la STC 104/1996, de 11 de junio, FJ 2, se pone de manifiesto que el «valor constitucional de la igualdad en su versión de igualdad en la aplicación de la ley protege fundamentalmente frente a divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial». Por ello, en esta sentencia se sostiene que «[e]ste principio no consagra [...] el derecho a que dos supuestos iguales deban ser resueltos por todos los órganos judiciales del mismo modo, lo que sería incompatible con el principio de independencia judicial (entre otras muchas, SSTC 104/1996, FJ 2; 188/1998, de 28 de septiembre, FJ 4; 240/1998, de 15 de diciembre, FJ 6, y 37/2012, de 19 de marzo, FJ 7); ni tampoco conlleva que un mismo órgano judicial deba resolver en todo caso como lo ha hecho en supuestos anteriores iguales, pues, como también ha señalado el Tribunal, ello iría en contra del carácter dinámico del ordenamiento jurídico (por todas, STC 63/1984, de 21 de mayo, FJ 4). El principio de la igualdad en la aplicación judicial del Derecho —concluye la STC 90/2023— únicamente garantiza que los órganos judiciales resuelvan conforme a sus propios precedentes salvo que de forma reflexiva y como consecuencia de un diferente entendimiento del ordenamiento jurídico decidan cambiar de criterio».

De este modo, el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho, en los términos en los que lo ha configurado el Tribunal Constitucional, permite que los órganos judiciales no queden férreamente vinculados ni a las resoluciones de los tribunales superiores en grado ni a sus propias resoluciones y que puedan cambiar de criterio cuando aprecien razones jurídicas nuevas que pongan de manifiesto la necesidad de resolver ese supuesto de forma distinta a como hasta ese momento lo habían hecho. En definitiva, este principio prohíbe la arbitrariedad¹, garantiza la independencia judi-

¹ Como ha señalado Pedro Cruz Villalón, «El principio de igualdad y otros conceptos afines», en *Jornadas sobre los derechos individuales en la Constitución Española: la doctrina del Tribunal Constitucional*, p. 48, «la igualdad en la aplicación de la ley tiene realmente poco que ver con el principio de igualdad, toda vez, que en términos generales, la desigualdad no se ve suprimida por el hecho de que se “explique” lo que ha movido al Juez a efectuar pronunciamientos contradictorios entre sí; la desigualdad en sí sigue existiendo, por más que ahora sea una desigualdad “explicada”, “interiorizada” y “exteriorizada”». Por ello, como ha

cial², la seguridad jurídica —al exigir a los órganos judiciales una justificación para apartarse de sus precedentes—, el principio de legalidad³ y la evolución del ordenamiento jurídico⁴.

afirmado Marina. Gascón Abellán, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, 1993, p. 85, la técnica del precedente, tal y como ha sido concebida por el Tribunal Constitucional, «no tutela la igualdad ni asegura la uniformidad de la jurisprudencia, pero es una puerta abierta a la interdicción de la arbitrariedad».

² La STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 7, ha sostenido que «la independencia judicial (art. 117.1 CE) permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo». No obstante, en esta sentencia se afirma también que el legislador en determinados casos puede otorgar carácter vinculante a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo. Así, consideró que el derogado art. 100.7 LRJCA, que atribuía carácter vinculante a la doctrina a la doctrina legal de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en las sentencias estimatorias de recursos de casación en interés de ley no era contrario a la independencia judicial de los órganos judiciales inferiores en grado, «porque el legislador, conforme a la libertad de configuración que le corresponde al establecer el régimen jurídico de los recursos y en atención a preservar intereses constitucionalmente garantizados, como lo son el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la aplicación igual del Derecho en todo el territorio nacional (arts. 1.1, 14 y 139.1 CE)» puede otorgar el referido carácter vinculante a la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo al resolver este tipo de recursos, dado, además, el carácter excepcional que tiene el recurso de casación en interés de ley, «tanto por la limitación de los legitimados para su interposición, como por su finalidad específica: corregir las sentencias de los Tribunales inferiores que se estiman “gravemente dañosas y erróneas”».

³ Como ha afirmado, entre otras muchas, la STC 48/1987, de 22 de abril, FJ 2, «el juzgador se halla sujeto a la Ley (art. 117.1 de la Constitución), no a sus precedentes».

⁴ Buena parte de la doctrina ha considerado que la construcción de este principio con las referidas limitaciones que se derivan del principio de legalidad, del de independencia judicial y el de seguridad jurídica son una manifestación de una autoinhibición del Tribunal Constitucional. Alejandro Nieto García, «El precedente judicial en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Estudios jurídicos en honor de José Gabaldón López*, Trivim, 1990, p. 230, ha señalado que «los principios de igualdad, seguridad jurídica y tutela efectiva no tienen fuerza bastante para quebrar el sistema global de protección jurídico procesal, basado en el principio superior de la independencia de los Tribunales, que comprende inexcusablemente la libertad de interpretación», sosteniendo más adelante que la «solución del Tribunal es, desde luego, constitucionalmente irreprochable y también ingeniosa, puesto que no era fácil escapar de una tenaza que le envolvía: la exigencia de proteger derechos fundamentales y, al mismo tiempo, la imposibilidad de invadir las funciones que la Constitución ha atribuido en exclusiva a los órganos del Poder Judicial. Afirmación que no impide constatar que la solución dicha es sólo una entre las varias también constitucionalmente posibles y que nos descubre la última raíz de su postura: la solución responde no tanto a razones jurídico-formales como a razones políticas (de política jurídica, claro es) como sucede en las grandes cuestiones del Derecho, que se resuelven indefectiblemente en la oscura zona de lo metajurídico». Juan Antonio Xiol L. Ríos, «El precedente Judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional», en *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 2005, p. 38, considera que «la apelación a la independencia es un simple producto de la prudencia o autocontención con que tan acertadamente se administra nuestro Tribunal Constitucional, por lo que no merece la pena entrar en un análisis lógico-formal de un argumento que responde más a una demostración de sabiduría jurídico-política que, al razonamiento teórico, y que precisamente por ello conduce a una posición sin duda alguna revisable en el futuro». Andrés Ollero Tassara, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.^a ed. 2005, p. 49, sostiene que si bien «el juego desinhibido del principio de igualdad llevaría a una invasión tal del Tribunal Constitucional en el ámbito de la jurisdicción ordinaria que equivaldría, en la práctica, al establecimiento de un sistema difuso, convirtiéndose el Tribunal Constitucional en efectivo Tribunal Supremo», entiende también que la «autoinhibición forma-

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que, aunque, como acaba de señalarse, el Tribunal Constitucional ha deducido del principio de igualdad (art. 14 CE) el derecho a que los órganos judiciales resuelvan los casos iguales conforme a sus precedentes, salvo que fundamenten su cambio de criterio en una distinta apreciación del Derecho, este derecho también tiene encaje en el art. 24.1 CE. Como se expondrá a continuación, de acuerdo con la doctrina constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva se lesiona también por «tratamientos jurídicos arbitrariamente desiguales» (STC 100/1993, de 22 de marzo, FJ 2), por lo que si un órgano judicial cambia arbitrariamente de criterio vulnerará también el referido derecho fundamental (por todas, STC 150/2001, de 2 de julio).

De la jurisprudencia constitucional parece deducirse que el art. 14 CE, al establecer la prohibición de diferencias de trato arbitrarias o carentes de una justificación razonable, tiene carácter de ley especial frente art. 24.1 CE, que, entre otras cosas, prohíbe a los órganos judiciales que dicten resoluciones arbitrarias. Por esta razón, como se indicará a continuación, solo aprecia la lesión de este último derecho fundamental cuando el órgano judicial ha resuelto de forma distinta un caso igual y no se cumplen los requisitos que entiende que deben concurrir para apreciar la lesión del art. 14 CE.

Las razones expuestas determinan que en nuestro ordenamiento jurídico el precedente judicial no tenga carácter vinculante⁵. La uniformidad en la aplicación del Derecho no es una exigencia que se derive del principio de igualdad⁶, ni siquiera del

lista restringe drásticamente las posibilidades de garantía constitucional frente a desigualdades producidas dentro del juego interpretativo que toda aplicación de la norma lleva consigo» (p. 50), afirmando más adelante que «la dinámica autoinhibitoria acaba afectando a los mismos valores constitucionales en juego» (p. 54). Según Marina Gascón Abellán, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, 1993, pp. 52 y 53, la actitud inhibicionista del Tribunal Constitucional, al concebir el precedente como «una exigencia de uniformidad en la resolución de los casos, con independencia del mayor o menor acierto de los criterios utilizados, admitiendo su abandono con la única carga de motivarlo suficiente y razonablemente», es una solución que en líneas generales resulta coherente pues procura mantenerse fiel al modelo de relación entre la justicia constitucional y la ordinaria, y es acertada «porque institucionaliza un tipo de control que representa una garantía de la actuación no arbitraria de los órganos jurisdiccionales».

⁵ Sobre la incompatibilidad de la vinculación al precedente judicial con la independencia judicial y con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico puede verse Encarna Roca Trías, «Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1986, p. 14; Andrés Ollero, *op. cit.*, pp. 73 y ss.; Juan Antonio Xiol Ríos, *op. cit.*, p. 38; Alejandro Nieto García, *op. cit.*, pp. 230 y ss.; Manuel Jaén Vallejo, «El principio de igualdad en la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 2, marzo-abril 1987, pp. 12 y ss.; Marina Gascón Abellán, *op. cit.*, pp. 81 y ss.; Francisco Rubio Llorente, «La igualdad en la aplicación de la ley», en VV.AA., «El principio de igualdad», Dykinson, S.L., Madrid, 2000, p. 54 y ss.; Juan Luis Requejo Pagés, «Juricidad, precedente y jurisprudencia», en AA.VV., *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo Servicio de Publicaciones, 1993; Jesús Ramón Mercader Uguina, «El imposible derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex nova, 2001; Juan Carlos Cabañas García, *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley*, Aranzadi-Thomson Reuters 2010, p. 38 y ss.

⁶ En palabras de la STC 183/1991, FJ 4, «la introducción de la igualdad en la aplicación judicial de la ley en nuestra Constitución no puede significar que, a través del recurso de amparo, el Tribunal Constitu-

principio de seguridad jurídica⁷, que, como se acaba de indicar, cede ante el principio de independencia judicial y el principio de legalidad, al permitir a los órganos judiciales que apliquen el derecho de modo diferente a como lo hacen otros jueces y tribunales si su entendimiento del ordenamiento jurídico aboca a otra solución. La unificación de la jurisprudencia, cuando no afecta a derechos fundamentales⁸, es una cuestión ajena a la jurisdicción constitucional, siendo los jueces y tribunales a quienes corresponde efectuar esta tarea a través de los recursos que, a estos efectos, prevea la ley⁹.

2. TITULARIDAD

Todos los sujetos de Derecho son titulares del derecho a que los órganos judiciales no cambien arbitrariamente de criterio. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional entre los derechos que, por ser inherentes a la dignidad de la persona humana corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y en los que no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles, se encuentran, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰ y esta vertiente del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación del derecho, puesto que, aunque el Tribunal la deduce, como regla general del art. 14 CE¹¹, el valor que se encuentra en su base, como se

cional se convierta en un Tribunal de casación universal respecto de aquellas resoluciones contra las que el ordenamiento no prevea mecanismos para asegurar tal igualdad en la aplicación judicial de la ley».

⁷ Cuestión distinta es que, como afirmó la STC 144/1988, de 12 de julio, la homogeneidad en la interpretación del ordenamiento jurídico sea «un objeto [*sic*] a alcanzar en un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) e incluso una finalidad que el legislador debe perseguir para dar realidad al principio de seguridad jurídica que consagra el art. 9.3 de nuestra Constitución [...] [p]ero la consecución del objetivo, la obtención de la finalidad han de conseguirse sin mengua de la independencia judicial, que es también un componente esencial de la noción de Estado de Derecho y un principio estructural consagrado (art. 117.1) por nuestra Constitución. Por eso el Juez no está sujeto a instrucciones de los Tribunales Superiores o del Tribunal Supremo, que sólo a través de los recursos previstos en las leyes procesales pueden corregir, en su caso, la interpretación de las leyes que juzguen».

⁸ Según lo establecido en el apartado d) del FJ 2 de la STC 155/2009, un recurso de amparo tiene también especial trascendencia constitucional cuando «la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución».

⁹ Juan Luis Requejo Pagés, «El derecho de acceso a los recursos», en *La Constitución y la práctica del Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1998, T. I p. 425, ha sostenido que la reiterada y unánime doctrina constitucional que establece que la Constitución solo garantiza el derecho al recurso en el ámbito penal «no se compadece con una interpretación sistemática de los arts. 9.3, 14 y 24 CE». Considera que de la interpretación sistemática de los preceptos constitucionales citados «resultaría, contra lo afirmado por el Tribunal, que el legislador está obligado, constitucionalmente, a instaurar un sistema de recursos judiciales que haga posible la efectiva realización del principio de igualdad en la aplicación de la ley en todos los órdenes jurisdiccionales». A su juicio, la instauración de recursos que hagan posible esa unificación de criterios es, por lo demás, la única vía para resolver los problemas que en otros sistemas judiciales se solventan con la técnica del precedente, impracticable en el nuestro.

¹⁰ SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2 y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3.

¹¹ Como ha señalado Pedro Cruz Villalón, *op. cit.*, p. 45, la específica mención del art. 14 CE a los españoles como titulares de este derecho fundamental «no quiere decir que los extranjeros sean ajenos al principio de igualdad, sino que, de forma plena, sólo lo son los nacionales», y por ello considera que la

acaba de indicar, es expresión de la genérica prohibición de arbitrariedad que impone el art. 24.1 CE a los órganos judiciales¹².

También son titulares de este derecho fundamental los entes públicos. Aunque, en principio, las Administraciones Públicas no son titulares del derecho a la igualdad (STC 211/1996, de 17 de diciembre, FJ 4), como sí lo son de algunos de los derechos que garantiza el art. 24 CE (por todas, STC 175/2001, de 26 de julio), el Tribunal Constitucional les ha reconocido la titularidad del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley. Según ha señalado la STC 100/1993, de 22 de marzo, FJ 2 «[l]as mismas razones que justifican la viabilidad de la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los entes públicos, han de aplicarse a los supuestos de desigualdad en la aplicación judicial de la ley en los que está en juego no sólo el art. 14 CE, sino también, en todo caso, el art. 24 CE»¹³.

3. EL DERECHO A QUE LOS ÓRGANOS JUDICIALES NO SE APARTEN ARBITRARIAMENTE DE SUS PRECEDENTES COMO UNA MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD (ART. 14 CE)

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional para que pueda apreciarse esta manifestación del principio de igualdad en la aplicación del Derecho es preciso:

a) La acreditación de un término de comparación. El juicio de igualdad sólo puede realizarse comparando la resolución impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que hayan resuelto en casos sustancialmente iguales de forma contradictoria.

Es necesario, por tanto, (i) que las resoluciones que se comparan hayan sido dictadas por el mismo órgano judicial —la misma sección si el Tribunal está compuesto por varias¹⁴—, siendo indiferente, a estos efectos, quiénes son los magistrados que lo componen, que pueden ser distintos, ya que la decisión se imputa al órgano no a sus titulares¹⁵; (ii) han de ser resoluciones anteriores, pues solo respecto de estas puede el órgano judicial separarse del criterio seguido en otros casos¹⁶ y (iii) los casos han de ser

nacionalidad, sin perjuicio de las exigencias que puedan derivarse del art. 14 CEDH, puede ser «una legítima fuente de distinción de trato en lo que a la generalidad del ordenamiento se refiere».

¹² Vid. Juan Carlos Cabañas García, *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley*, Aranzadi 2010, p. 64 y ss.

¹³ En el mismo sentido, STC 114/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 246/2006, de 24 de julio, FJ 2.

¹⁴ Entre otras muchas, SSTC 134/1991, de 17 de junio, FJ 2; STC 2/2007, de 15 de enero, FJ 2. El Tribunal Constitucional ha considerado que la sección de apoyo no es un órgano judicial distinto de aquel al que sirve de refuerzo. Según se afirma en la STC 11/2013, de 28 de enero, FJ 4, «la labor de apoyo se desarrolla en el seno de los mismos órganos jurisdiccionales beneficiados de la labor de refuerzo y no en otros diferentes. Se adscriben o comisionan jueces al órgano jurisdiccional, cuya naturaleza orgánica permanece invariada, de manera que la labor de refuerzo se desarrolla no en órganos nuevos sino en órganos ya existentes».

¹⁵ SSTC 161/1989, de 16 de octubre, FJ 2; 246/2006, de 24 de julio, FJ 5, entre otras muchas.

¹⁶ En relación con esta exigencia, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley está referida «siem-

sustancialmente iguales. Para que puedan considerarse casos sustancialmente iguales no basta solo con que los supuestos de hecho de los que traen causa las resoluciones que pretenden compararse sean similares, sino que, como regla general, es preciso, además, que sea también análogo el conjunto de circunstancias procesales que determinaron la decisión adoptada por la resolución judicial que constituye el término de comparación. Esto es, quien aduce la vulneración de este derecho fundamental ha de haber formulado la misma pretensión en el proceso y la ha debido defender del mismo modo que quien obtuvo la resolución con la que se compara¹⁷.

b) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, «la referencia a otro» exigible en todo alegato de desigualdad en aplicación de la ley, que excluye la comparación consigo mismo¹⁸. La jurisprudencia constitucional ha considerado esta exigencia «como un requisito personal que no alude al objeto del proceso sino a la persona que sufre el trato discriminatorio frente a la otra a la que se refiere la Sentencia de contraste» (STC 13/2011, de 28 de febrero, FJ 4).

Esta doctrina resulta, a mi juicio, discutible. Es cierto que el derecho a la igualdad, al ser un derecho relacional, exige siempre, como afirma el Tribunal Constitucional, una «referencia a otro», pues sólo tras la comparación «con el otro» puede surgir la desigualdad. Ahora bien, esta exigencia no creo que deba entenderse en el sentido de que el perjudicado por el diferente trato deba ser un sujeto distinto de quien recibió el trato que se alega como término de comparación. No considero que sea intrínseco al principio de igualdad que ese «otro» deba ser un sujeto de Derecho distinto de aquel que obtuvo el trato diferente. La situación jurídica que dio lugar al caso que se aduce como término de comparación es otra situación distinta de aquella con la que pretende compararse y por ello, a mi juicio, debería ser suficiente para erigirse como término de comparación, con independencia de que sea o no el mismo el sujeto a quien afecta. El trato desigual carente de justificación no es menos arbitrario ni crea menos inseguridad jurídica —que son los valores que este principio trata de preservar— porque dicho trato lo reciba un mismo sujeto en dos procesos distintos que cuando se otorga a personas diferentes.

En todo caso, como se indicará a continuación, la jurisprudencia constitucional considera que en estos supuestos en los que no se cumple la exigencia de la alteridad porque el diferente trato se produce en relación con el mismo recurrente se lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

c) El tratamiento desigual para que tenga relevancia constitucional ha de concretarse en la quiebra injustificada del criterio aplicativo mantenido hasta entonces por el

pre a los criterios sustentados por éstos en sus resoluciones anteriores, por ser los que, conocidos por los justiciables, les sirven de garantía en razón de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE) para esperar razonablemente las mismas soluciones para casos sustancialmente iguales» (STC 339/2006, de 11 de diciembre, FJ 5, que cita a su vez las SSTC 100/1998, de 7 de junio, FJ 4, entre otras muchas)

¹⁷ Esta cuestión puede verse más ampliamente desarrollada en mi trabajo «El derecho fundamental a la igualdad en la aplicación judicial del Derecho», en Eduardo García de Enterría y Ricardo Alonso García (coord.), *Administración y Justicia Un análisis jurisprudencial*, Thomson Reuters, 2012, vol. I, p. 83 y ss.

¹⁸ SSTC 120/2019, de 28 de octubre, FJ 3; 113/2014, de 7 de julio, FJ 3; 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 3.

órgano jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició¹⁹.

El Tribunal Constitucional, como regla general, considera que se vulnera esta vertiente del principio de igualdad tanto en los casos en los que el órgano judicial se aparta de forma injustificada del criterio aplicativo mantenido hasta entonces como cuando se separa de un único precedente si este es inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició²⁰. Por el contrario, la separación de un precedente aislado no podrá considerarse lesivo de este principio²¹, pues de ello no podrá deducirse que el órgano judicial, al no atenerse al criterio seguido en esa resolución, haya incurrido en arbitrariedad. El propio transcurso del tiempo y su carácter aislado impiden deducir esta consecuencia.

La justificación del cambio de criterio puede encontrarse implícito. No es necesario que el órgano judicial exponga los motivos por los que se aparta de sus resoluciones anteriores. Sólo es preciso que el nuevo criterio se adopte como una solución genérica aplicable a casos futuros, lo que puede deducirse bien del propio contenido de la resolución o bien de datos externos, como puede ser que ese mismo órgano judicial dicte con posterioridad otra resolución en el mismo sentido que la recurrida, lo que pondría de manifiesto que el cambio de criterio está dotado de vocación de generalidad²².

d) La carga de la prueba cuando se alega la desigualdad en la aplicación de la ley recae sobre el recurrente que deberá aportar los términos de comparación adecuados²³.

¹⁹ Entre otras muchas, SSTC 54/2006, de 27 de febrero, FJ 4; 27/2006, de 20 de enero, FJ 3; 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 3; 120/2019, de 28 de octubre, FJ 3; 184/2021, de 28 de octubre, FJ 9.3.2.3; 25/2022, de 23 de febrero, FJ 6.3.

²⁰ Entre otras muchas, SSTC 25/1999, FJ 5; 152/2002, FJ 2; 210/2002, FJ 3; 27/2006, FJ 3; 246/2006, de 24 de julio, FJ 3 y 5; 184/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; 31/2008, de 25 de febrero, FJ 2; 43/2008, de 10 de marzo, FJ 3; 143/2008, de 31 de octubre, FJ 2; 160/2008, de 12 de diciembre, FJ 3; 38/2011, d3 28 de marzo, FJ 6; 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 3; 120/2019, de 28 de octubre, FJ 380/2020, de 15 de julio, FJ 4; 184/2021, de 28 de octubre, FJ 9.3.2.2; 10/2022, de 7 de febrero, FJ 3; 25/2022, de 23 de febrero, FJ 6.3 actualizar). Conviene señalar, no obstante, que en algunas ocasiones la jurisprudencia constitucional ha entendido el precedente como línea jurisprudencial que constituye una doctrina ya consolidada (entre otras, SSTC 63/1984, de 21 de mayo, FJ 4; 142/1985, de 23 de octubre, FJ 1; 121/1986, de 22 de octubre, FJ 3; 132/1997, de 15 de julio, FJ 7; 150/2001, de 2 de julio, FJ 2; 66/2003, de 7 de abril, FJ 6; 58/2006, de 27 de febrero FJ 3), excluyendo del ámbito garantizado por el principio de igualdad los supuestos en los que el órgano judicial se apartaba de un único precedente cercano en el tiempo. Ahora bien, en algún supuesto, como el resuelto por las SSTC 150/2001, de 2 de julio, FJ 2 y 58/2006, de 27 de febrero, FJ 4, ha apreciado la vulneración del derecho que consagra el art. 24.1 CE, al considerar que la resolución era materialmente arbitraria.

²¹ STC 143/2008, de 31 de octubre, FJ 2.

²² La STC 193/2001, de 1 de octubre, FJ 4 ha señalado que «la explicitación de ese cambio [de criterio] no siempre es exigible, como ha reconocido reiteradamente este Tribunal, cuando se puede inferir de los términos de la resolución». Mas específicamente, la STC 74/2002, de 8 de abril, FJ 3 afirma que el «apartamiento del precedente ha de ser consciente y razonablemente fundamentado o, en ausencia de una motivación expresa, ha de resultar patente que existe un efectivo cambio de criterio, bien por inferirse con certeza del contenido de la propia resolución, bien por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen». En el mismo sentido, STC 133/2002, de 3 de junio, FJ 5 y AATC 334/2008 y 335/2008, ambos de 27 de octubre, FJ 8.

²³ STC 102/1999, de 31 de mayo, FJ 2; 111/2001, de 7 de mayo, FJ 2; 54/2006, de 27 de febrero, FJ 4 y ATC 176/2005, de 5 de mayo.

4. LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR UNA DIFERENTE APLICACIÓN DEL DERECHO (ART. 24.1 CE)

Dado que el principio de igualdad en la aplicación de la ley no garantiza que casos iguales reciban la misma respuesta por parte de un mismo órgano judicial, sino, como ya he señalado, que los órganos judiciales no cambien arbitrariamente de criterio, es claro que uno de los valores que este principio trata de salvaguardar es la interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los órganos judiciales. Por ello su anclaje constitucional, tal y como se ha indicado anteriormente, se encuentra también el art. 24.1 CE²⁴. Como señaló la STC 91/1990, de 23 de mayo, FJ 2, «una actuación manifiestamente arbitraria por injustificadamente desigual de un órgano jurisdiccional implica una denegación de la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 CE»²⁵.

La aplicación de esta doctrina ha llevado en algunos casos al Tribunal Constitucional a apreciar la lesión del art. 24.1 CE por el diferente trato en la aplicación judicial del Derecho. Así ha ocurrido, como se ha adelantado, en supuestos en los que no se cumplía la exigencia de la alteridad por tratarse de casos en los que el tratamiento desigual se producía no en relación con el otorgado a otros sujetos en idéntica situación, sino al dispensado al mismo recurrente en un supuesto análogo²⁶ y así lo ha apreciado también el Tribunal cuando el órgano judicial se había apartado de un único precedente inmediato en el tiempo, no de un criterio aplicativo consolidado²⁷. En estos casos la jurisprudencia constitucional sostiene que, aunque las resoluciones judiciales que se apartan del precedente se encuentren debidamente motivadas, el diferente trato produce un resultado arbitrario que es lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva no del derecho a la igualdad²⁸.

En mi opinión, sin embargo, tal y como anteriormente he señalado, ni la falta de alteridad, en el sentido que la ha entendido el Tribunal al configurarla como una exigencia para apreciar la vulneración del principio de igualdad, ni el hecho de haberse separado de un único precedente deberían ser un impedimento para apreciar la vulne-

²⁴ Algunos autores han sostenido que el encuadramiento constitucional de este principio debería ser el art. 24.1 CE y no el art. 14 CE. En este sentido se ha pronunciado Pedro Cruz Villalón, *op. cit.*, p. 48 al sostener que «la llamada “igualdad en la aplicación judicial de la ley” es sólo parte del contenido material del derecho a la tutela judicial efectiva, del art. 24, como derecho a una sentencia no manifiestamente infundada o irrazonada». Jesús Ramón Mercader Uguina, *op. cit.*, p. 634, sostiene que el apartamiento arbitrario de los propios precedentes es más una vulneración del art. 24.1 CE que del art. 14 CE. También ha mantenido esta postura Juan Carlos Cabañas García, *op. cit.*, pp. 49 y ss. quien, atendiendo a los bienes jurídicos en juego, es partidario de «situar el derecho a la igualdad en aplicación judicial de la ley como una manifestación o vertiente del fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)».

²⁵ STC 91/1990, de 23 de mayo, FJ 2.

²⁶ Véase SSTC 162/2001, de 5 de julio FJ 2; 46/2003, de 3 de marzo, FJ 3; 7/2005, de 17 de enero, de 30 de enero, FJ 3; 22/2006, de 30 de enero FJ 2; 61/2006, de 27 de febrero, de 27 de marzo FJ 4; 96/2006, FJ 5; 190/2006, de 19 de junio, FJ 4; 62/2009, de 9 de marzo, FJ 2 y 38/2011, de 28 de marzo, FJ 7.

²⁷ Véase SSTC 150/2001, de 2 de julio FJ 3 y 58/2006, 27 de febrero, FJ 3.

²⁸ Véase, entre otras, SSTC 150/2001, de 2 de julio, FJ 4; 58/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 96/2006, 27 de marzo, FJ 6; 190/2006, FJ 4 y 67/2008, de 23 de junio, FJ 4.

ración de la igualdad. A mi juicio, siempre que dos casos iguales se resuelvan de forma distinta se produce una desigualdad en relación con la situación jurídica resuelta en el caso que constituye el término de comparación. La circunstancia de que los dos casos afecten a la misma persona, como he señalado anteriormente, no elimina, en mi opinión, la alteridad que, es intrínsecamente necesaria para apreciar la desigualdad, pues no por ello dejan de ser dos casos distintos que resuelven sobre pretensiones diferentes, aunque traigan causa de unos hechos similares que se refieren al mismo sujeto.

Tampoco creo que el hecho de haberse separado de un único precedente impida apreciar la vulneración de este principio; así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en algunas ocasiones en las que ha apreciado la vulneración de la igualdad a pesar de que sólo se aducía como término de comparación una sola resolución²⁹. A efectos de apreciar si se ha producido el cambio de criterio arbitrario que ha determinado el trato desigual, que es el valor que este principio garantiza, es irrelevante que el cambio de criterio se haya producido en relación con una resolución anterior o con varias. Como se ha indicado anteriormente, el principio de igualdad no tiene como finalidad garantizar la unificación de doctrina, que es donde la referida exigencia tiene sentido.

Por todo ello considero que estos casos en los que el Tribunal Constitucional ha apreciado la vulneración del art. 24.1 CE en lugar de la del art. 14 CE podían haber sido resueltos aplicando el art. 14 CE, pues también en estos casos el 14 puede considerarse ley especial frente a la genérica prohibición de arbitrariedad que se deriva del art. 24.1 CE.

5. ALCANCE DEL FALLO DE LAS SENTENCIAS QUE HAN APRECIADO UNA DISTINTA APLICACIÓN DE LA LEY POR HABER VULNERADO EL DERECHO A LA IGUALDAD, EL DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA O AMBOS CONJUNTAMENTE

Al no garantizar el principio de igualdad ni, en su caso, el derecho a la tutela judicial efectiva el derecho a que un mismo órgano judicial aplique el ordenamiento jurídico del mismo modo en casos sustancialmente iguales, sino únicamente a no ser tratado de modo diferente si no existe un motivo que lo justifique, las Sentencias del Tribunal Constitucional que sean estimatorias del recurso de amparo no deben reconocer, como regla general, el derecho del recurrente a obtener una resolución en el mismo sentido que tenía el precedente del que se separó. Tampoco sería correcto que el fallo ordenara al órgano judicial que dictara una nueva resolución explicitando las razones por las que se resuelve de modo distinto a como lo hizo en los casos de los que se ha separado, pues podría ocurrir que el órgano judicial no recordara esos precedentes, y una vez que ha tomado conciencia de ellos considerase que la decisión correcta jurídicamente era la adoptada en las resoluciones de las que se apartó.

De ahí que cuando el Tribunal constitucional aprecie la vulneración de este derecho fundamental el fallo ha de limitarse a declarar su vulneración, a anular la resolución impugnada y a retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar la sentencia o

²⁹ Véase SSTC 210/2002, de 11 de noviembre, FJ 4 y 27/2006, de 30 de enero, FJ 5.

resolución de que se trate con el fin de que el órgano judicial, con plenitud de jurisdicción, dicte una nueva resolución acorde con este derecho fundamental. Es decir, dicte una nueva resolución que no sea arbitraria; lo que supone que el órgano judicial puede mantener el sentido de su resolución exponiendo las razones que le lleva a mantener un criterio distinto del seguido en sus propios precedentes o puede volver al criterio seguido en los precedentes de los que se apartó³⁰.

Este es, salvo en contadas excepciones³¹, el alcance del fallo de las Sentencias del Tribunal Constitucional que estiman el recurso de amparo por apreciar la vulneración de este derecho fundamental, pues, ni pueden entrar a valorar cuál es la solución correcta, al ser esta una cuestión ajena a la jurisdicción constitucional, ni tampoco, como regla general, pueden imponer al órgano judicial que resuelva conforme a sus propios precedentes, pues, como se acaba de indicar, la reparación del derecho vulnerado no conlleva esta consecuencia. Ahora bien, en aquellos casos en los que la jurisdicción constitucional pueda comprobar que la única solución no arbitraria es obligar al órgano judicial a resolver conforme a sus precedentes podrá acordarlo en el fallo. Así lo ha hecho el Tribunal Constitucional en supuestos en los que la resolución impugnada se había convertido en un caso aislado, por existir resoluciones posteriores a la impugnada en amparo que siguieron el criterio establecido en los precedentes³².

En la vía judicial ordinaria, por el contrario, los recursos que se estimen por apreciar que en la instancia se ha vulnerado este derecho fundamental, el fallo no debe tener este alcance, pues su ámbito de enjuiciamiento no se limita a la tutela de derechos fundamentales. Por ello en los casos en los que se aprecie la lesión de este derecho fundamental, la sentencia deberá anular la resolución impugnada, declarar esta vulneración y, además, entrar en el fondo del asunto y dictar una resolución de fondo sobre la cuestión planteada. La peculiaridad que puede presentarse en esta vía es que el órgano judicial aprecie esta vulneración constitucional por entender que el Juez *a quo* se había apartado de sus precedentes arbitrariamente, pero, a pesar de ello, considere ajustada

³⁰ Por ejemplo, la STC 192/1994, de 20 de junio, estimó el recurso de amparo por estos motivos anuló la sentencia impugnada y acordó retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que el órgano judicial dictara otra «en la que, bien se aplique la doctrina contradicha de resoluciones anteriores [...] o bien se explicita la fundamentación justificadora del cambio decisorio».

³¹ En algunos pronunciamientos aislados el Tribunal Constitucional ha entendido que en los casos en los que se ha vulnerado este derecho fundamental, al haber cambiado arbitrariamente de criterio, el modo de reparar esta vulneración es reconocer al demandante de amparo el derecho a que se le otorgue el mismo trato que se dio a los otros (STC 101/1987, FJ 9, de 15 de junio y STC 161/1989, de 16 de octubre, FJ 5, aunque en esta última sentencia se declara la retroacción para que el órgano judicial se pronuncie sobre otros motivos del recurso que habían sido alegados tanto por el Ministerio Fiscal como por el Abogado del Estado y que habían quedado imprejuizados por haber estimado su recurso la resolución impugnada). A mi juicio, otorgar este alcance al fallo, aunque sea lo más favorable al demandante de amparo, no es coherente con el derecho que la Constitución le reconoce, que *no es el derecho a la igualdad de trato, sino el derecho a no padecer tratos desiguales arbitrarios, ni es el medio adecuado de reparar la infracción cometida*. La actuación arbitraria del órgano judicial no se repara reconociendo al recurrente el derecho a recibir el mismo trato que el otorgado por ese órgano judicial en otros supuestos similares, ya que una actuación arbitraria no se corrige otorgando al recurrente el trato que solicitaba, sino dando la oportunidad al órgano judicial de resolver el asunto de forma debidamente razonada.

³² Véase la STC 82/1990, de 4 de mayo FJ 4.

a Derecho la resolución recurrida por entender que el criterio seguido por el órgano judicial en los precedentes de los que se separó no era conforme al ordenamiento jurídico. En tal caso, la arbitrariedad del órgano de instancia habría sido corregida por el órgano que resuelve el recurso al explicar las razones por las que considera conforme a Derecho la resolución impugnada.

III. ¿Existe un derecho fundamental a que la Administración no se aparte arbitrariamente de sus precedentes?

Según la doctrina del Tribunal Constitucional el precedente administrativo no confirmado judicialmente carece de toda idoneidad para articular un eventual juicio de igualdad en la aplicación de la ley (entre otras muchas, STC 167/1995, de 20 de noviembre, FJ 3). La jurisprudencia constitucional ha reiterado de forma prácticamente unánime que «la hipotética desigualdad resultante de la diferencia entre actos administrativos no puede fundamentar una pretensión ante este Tribunal una vez que el acto supuestamente distinto a los que le precedieron ha sido enjuiciado, declarándose su validez por el Tribunal competente, pues la igualdad que la Constitución garantiza es la igualdad ante la Ley»³³.

Esta doctrina constitucional conlleva que el principio de igualdad en la aplicación del Derecho tenga un ámbito muy reducido, por no decir inexistente³⁴, en al ámbito administrativo, pues supone que sólo pueda alegarse como término de comparación resoluciones administrativas que hayan sido judicialmente confirmadas. Este requisito va a ser prácticamente imposible de cumplir porque quien se queja de que la Administración ha resuelto un caso apartándose arbitrariamente de sus precedentes le va a resultar muy difícil encontrar un precedente que haya sido judicialmente confirmado. Ha de tenerse en cuenta que si el acto que se aduce como término de comparación era favorable para el interesado, salvo que a su vez fuera perjudicial para terceros, no habrá sido impugnado ni, en consecuencia, confirmado judicialmente.

³³ Véase la STC 167/1995, de 20 de noviembre, FJ 3. En el mismo sentido: SSTC 50/1986, de 23 de abril, FJ 3; 175/1987, de 4 de noviembre, FJ 2; 120/1988, de 20 de junio, FJ 2; 130/1988, de 4 de julio, FJ 4; 73/1998, de 21 de abril, FJ 47/1989, de 21 de febrero, FJ 2; 298/2005 de 21 de noviembre, FJ 5; 203/2000, de 24 de julio, FJ 7; 180/2005, de 4 de julio, FJ 3 y 298/2005, de 21 de noviembre, FJ 5 entre otras muchas. Conviene señalar que, como ha puesto de manifiesto Silvia Díez Sastre, *El precedente administrativo Fundamento y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 243 y ss., en un primer momento el Tribunal Constitucional consideró que «la argumentación basada en la doctrina del precedente administrativo —esto es, la invocación de la hipotética desigualdad de la diferencia entre los actos administrativos— no puede fundamentar una pretensión ante este Tribunal una vez que el acto supuestamente distinto a los que le precedieron ha sido enjuiciado, declarándose su validez por el Tribunal competente, pues la igualdad que la Constitución garantiza es la igualdad ante la Ley» (STC 50/1986, de 23 de abril, FJ 3). Posteriormente, el Tribunal admitió la posibilidad de que pudiera efectuarse el juicio de igualdad, aunque para ello exige, como se acaba de señalar, que el precedente que se aduce como término de comparación haya sido judicialmente sancionado y que lo haya dictado el mismo órgano administrativo (STC 47/1989, de 21 de febrero, FFJJ 2 y 3).

³⁴ Salvo error mío, no existe ningún recurso de amparo estimado por este motivo.

Por otra parte, los actos administrativos tienen una presunción legal de validez (art. 39.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) que sólo puede ser destruida por su declaración de invalidez administrativa o judicial. Por ello, estos actos no necesitan una confirmación judicial para ser «legales» o «válidos», pues es la propia Ley la que obliga a tenerlos por válidos mientras no sean anulados. Esta circunstancia no determina, obviamente, que la Administración esté vinculada a sus resoluciones precedentes en virtud de la presunción de legalidad de sus actos, únicamente, conllevaría, caso de que le resultaran aplicables las exigencias que la jurisprudencia constitucional deduce del art. 14 CE para los precedentes judiciales, que tendría que explicar las razones por las que ha cambiado de criterio³⁵.

A mi juicio, el problema no está en cuándo el precedente administrativo es un término idóneo de comparación para efectuar el juicio de igualdad para poder apreciar, en su caso, la vulneración del art. 14 CE, que es lo que la jurisprudencia constitucional, dando por hecho que existe un derecho fundamental a que la Administración no se aparte injustificadamente de sus precedentes, ha tratado de precisar. En mi opinión, la doctrina del precedente judicial no resulta aplicable al precedente administrativo porque el art. 24.1 CE solo protege frente a la arbitrariedad judicial no frente a la que pueda incurrir la Administración³⁶. Por ello, considero que en los casos en los que es la Administración quien incurre en arbitrariedad al separarse de sus precedentes sin justificación, su actuación lo que vulnera es el art. 9.3 CE no el art. 24.1 CE ni tampoco el 14 CE. Ha de tenerse en cuenta que el trato diferente en la aplicación del Derecho, aunque se incardina, con carácter general, en el art. 14 CE, para que se produzca la vulneración de derecho fundamental es necesario que el cambio de criterio carezca de justificación, esto es, que sea arbitrario. Al no existir un derecho fundamental a que las resoluciones administrativas no sean arbitrarias, tampoco puede existir un derecho más específico a no padecer tratos desiguales arbitrarios.

Por todo ello considero —apartándome en este punto de la doctrina del Tribunal Constitucional— que el derecho a que los órganos públicos que aplican el ordenamiento jurídico no se aparten de arbitrariamente de sus precedentes solo tiene naturaleza de derecho fundamental cuando son los órganos judiciales los que se apartan injustificadamente de sus resoluciones. El derecho a que los órganos administrativos no se separen de lo decidido en sus resoluciones previas sin justificar el cambio de criterio se deriva de la interdicción de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 CE a todos los poderes públicos, por lo que la lesión de este derecho podrá alegarse ante la Administración y ante los órganos judiciales, pero su vulneración no podrá ser tutelada en amparo por el Tribunal Constitucional.

³⁵ En todo caso, el deber de motivar los actos administrativos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes deriva del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y lo impone el art. 35.1 c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

³⁶ Como reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia constitucional, las garantías que se derivan del art. 24 CE no resultan de aplicación a los procedimientos y a los actos administrativos salvo que tengan carácter sancionador (entre otras muchas, STC 291/2000, de 30 de noviembre, FJ 4).

IV. La Administración y los Tribunales como garantes de la igualdad en la ley. La vertiente material del principio de igualdad en la ley

1. LA VERTIENTE MATERIAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Como ya se ha señalado, el principio de igualdad en la aplicación del Derecho no solo prohíbe que los órganos judiciales se aparten injustificadamente de sus precedentes³⁷ (vertiente formal del principio de igualdad en la aplicación del Derecho), sino también que los aplicadores del Derecho actúen de modo discriminatorio, que apliquen las normas deduciendo diferencias no previstas en ellas o que interpreten el ordenamiento jurídico de forma que su aplicación suponga un trato distinto respecto del otorgado por el Derecho a otras situaciones análogas. En estos últimos casos lo que principio de igualdad prohíbe es que, como consecuencia de la aplicación del Derecho, se cree una situación que por sí misma, no por relación con lo decidido en otro caso, sea contraria a la igualdad por establecer diferencias que no se encuentren amparadas por el ordenamiento jurídico. Estos supuestos, como se ha indicado al inicio de este trabajo, se pueden considerar expresivos de la vertiente material del principio de igualdad en la aplicación del Derecho.

Esta vertiente del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley es una garantía iusfundamental que, dado su carácter sustantivo, resulta exigible tanto a la Administración como a los Tribunales y por ello su infracción podrá ser tutelada no solo por los órganos judiciales, sino también, en su caso, a través del recurso de amparo constitucional.

Ahora, como también se ha adelantado, no se va a examinar la vulneración del principio de igualdad que conlleva la adopción de resoluciones discriminatorias, ya que esta vertiente del principio de igualdad tiene entidad propia y su estudio excede del objeto de este trabajo. Únicamente se va a aludir brevemente —su análisis en profundidad requeriría un estudio específico— a las otras dos manifestaciones.

2. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR APLICAR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CREANDO DIFERENCIAS RESPECTO DE OTRAS SITUACIONES ANÁLOGAS REGULADAS EN OTRAS NORMAS

El principio de igualdad impone a los órganos públicos que interpreten el Derecho de forma que su aplicación no suponga crear diferencias no justificadas respecto de otras situaciones similares amparadas en otras normas³⁸. En estos supuestos, la vulne-

³⁷ El Tribunal Constitucional ha afirmado que aunque el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley se aduce normalmente en relación con resoluciones que se consideran contradictorias con otras anteriores recaídas sobre pretendidos supuestos sustancialmente idénticos, ello «no significa que el principio de igualdad en la aplicación de la Ley agote su ámbito protector en los indicados supuestos» (SSTC 103/1990, FJ 2, 20/1994, de 27 de enero, FJ 2; 103/2002, de 6 de mayo, FJ 4 y 40/2022, de 21 de marzo, FJ 5).

³⁸ En palabras del Tribunal Constitucional: «debe el Juez comprobar si la interpretación que ha hecho de la norma y subsiguiente aplicación, aun siendo ambas legalmente admisibles, produce o mantiene una

ración del principio de igualdad puede producirse bien por efectuar una interpretación del sistema de fuentes contraria al principio de igualdad (entre las distintas normas que pueden ser aplicables se elige aquella cuya aplicación determina un resultado materialmente contrario a la igualdad)³⁹, bien porque la norma aplicable sea susceptible de ser interpretada de diversas maneras y se escoja aquella que conlleva una diferencia de trato respecto al otorgado por otras normas que regulan situaciones análogas sin que exista una causa que la justifique⁴⁰.

situación de desigualdad injustificada en relación con otras situaciones idóneas para ser comparadas y, de resultar ello cierto, indagar si el ordenamiento jurídico le permite acudir a otro u otros criterios interpretativos que eviten dicha desigualdad, puesto que, si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad, su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el art. 14 de la Constitución no consiente» (STC 103/1990, de 4 de junio, FJ 2 y en el mismo sentido. SSTC 39/1992, de 30 de marzo, FJ 3; 20/1994, de 27 de enero, FJ 2; 103/2002, de 6 de mayo, FJ 4).

³⁹ La STC 20/1994, de 27 de enero, FJ, citando, a su vez a la STC 103/1990, de 4 de junio, FJ 2, establece que «el principio de igualdad puede resultar vulnerado cuando los Jueces y Tribunales aplican la norma jurídica con un criterio interpretativo que ocasione o al menos no corrija una desigualdad de trato discriminatoria en relación con otras situaciones válidamente comparables, si la norma aplicada permite una interpretación distinta, admisible en Derecho, que permita eliminar el factor de desigualdad no justificado». El supuesto de hecho que dio lugar a las referidas Sentencias fue el siguiente: los recurrentes —en un caso jefe de Máquinas y en otro un Capitán de Buque— fueron cesados en sus puestos de trabajo por pérdida de confianza en aplicación de lo dispuesto en una ordenanza laboral que permitía extinguir la relación laboral en estos supuestos y no establecía el derecho a ser indemnizado por ello. Los recurrentes consideraban que su relación de empleo debía regirse no por la referida ordenanza, sino por lo dispuesto en el RD 1382/1985, que regulaba la relación laboral del personal de alta dirección y preveía el derecho a ser indemnizado en estos casos. Los recurrentes argumentaron que aunque el Real Decreto invocado no les resultaba directamente aplicable debía serlo, a su juicio, en virtud de la analogía y por ello consideraban que, al no haberlo aplicado, los órganos judiciales no habían tutelado una situación discriminatoria (el colectivo de trabajadores al que pertenecían los demandantes eran los únicos que no tenían derecho a percibir una indemnización en los casos en las que la relación laboral se extinguía por libre decisión de la empresa).

El Tribunal Constitucional consideró que si bien la interpretación que hicieron los órganos judiciales era legalmente admisible, esta interpretación daba lugar a una situación de desigualdad contraria al art. 14 CE, ya que la ausencia de previsión indemnizatoria en la que incurría la ordenanza laboral aplicada no podía llevar, desde la perspectiva constitucional del derecho a la igualdad, a la conclusión de que los recurrentes carecían del derecho de ser indemnizados, pues ello «supone colocarles en una situación discriminatoria con la generalidad de los trabajadores que intervienen en el mundo del trabajo, al no reconocérseles la indemnización por alto directivo, ni tampoco la de la legislación laboral común» (STC 103/1990, FJ 4). Las consideraciones expuestas llevaron al Tribunal Constitucional a declarar que, en estos casos, los órganos judiciales hubieran debido aplicar analógicamente lo dispuesto en el RD 1382/1985, que, como se ha indicado, reconoce el derecho a ser indemnizado del personal de alta dirección cuando sean despedidos por decisión libre de la empresa, y al no haberlo hecho así estimó que las resoluciones judiciales impugnadas habían vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley que garantiza el art. 14 CE.

⁴⁰ En el recurso de amparo resuelto por la STC 103/2002, de 6 de mayo, se adujo la vulneración del principio de igualdad por haber denegado a los demandantes el derecho a percibir la indemnización del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) por extinción del contrato por causas objetivas que preveía el art. 33.2 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, en la redacción que le otorgó el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adelante, LET). Tanto el FOGASA como el Tribunal Superior de justicia entendieron que las indemnizaciones por extinción de contrato que establecía el referido precepto solo procedían en los supuestos que expresamente preveía esta norma (extinción del contrato por voluntad del trabajador —art. 50 LET— y —despido colectivo— art. 51 LET) y no en el que se encontraban los recurrentes, que era el previsto en el art. 52 c) —despido por causas objetivas—. Este último pre-

En estos casos, el resultado material que se obtiene es el mismo que al que se llegaría si fuera el tenor de la ley el que estableciese la diferencia. Por ello, para determinar si la selección de la norma y su interpretación es o no acorde con el art. 14 CE ha de acudirse a los mismos criterios que se utilizan para analizar cuándo la ley es lesiva del principio de igualdad⁴¹. Como sostiene, entre otras, la STC 103/2002, de 6 de mayo, FJ 4, además de verificar si los supuestos que se comparan puedan considerarse iguales ha de comprobarse si la diferencia de trato supera el juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada el resultado producido y la finalidad pretendida⁴².

cepto regulaba el despido por las mismas causas que lo hacía el art. 51 LET y en los único que se diferenciaba de aquel es que eran menos los trabajadores afectados por el despido. La STC 103/2002, FJ 6, estimó el amparo al considerar que la falta de previsión de los trabajadores a los que se refería el art. 52.c) LET —despido por causas objetivas— en el art. 33.2 LET «no respondió al propósito de excluirlos expresamente de las garantías previstas en ese precepto, sino, sencillamente, a una falta de sincronía entre esa norma y los artículos 51 y 52.c) LET, en las sucesivas reformas de las que fueron objeto». El Tribunal Constitucional entendió que «[d]ada la laguna de la que adolecía el art. 33.2 LET, como consecuencia de su falta de adaptación a las reformas legislativas mencionadas, la opción a favor de una interpretación literal, tal como la que efectuó la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, no resultó acorde con el sometimiento de los órganos judiciales a la Constitución y con su deber de interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios en ella contenidos (art. 5 LOPJ)». La sentencia citada sostuvo que, además de la interpretación literal, seguida por el FOGASA y el Tribunal Superior de Justicia, «era posible efectuar también una interpretación de la norma integradora y respetuosa con el derecho a la igualdad», tal y como efectuó el juzgado de lo social, que reconoció a los recurrentes el derecho a percibir la indemnización solicitada. Por este motivo otorgó el amparo, anuló la sentencia del Tribunal Superior de Justicia y declaró la firmeza de la sentencia de instancia, al ser esta última resolución la que era acorde con el art. 14 CE.

La STC 40/2022, de 21 de marzo, también apreció la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley por haber interpretado la norma de modo incompatible con al art. 14 CE. En el caso resuelto por esta sentencia, la Administración tributaria denegó una bonificación en la cuota del impuesto de donaciones, al efectuar una interpretación literal de la ley y entender que para que las donaciones entre los miembros de una pareja de hecho pudieran tener derecho a la bonificación era necesario que estuvieran inscritas en el registro autonómico de parejas de hecho, no teniendo valor, a los referidos efectos, la inscripción en un registro municipal. El Tribunal Constitucional entendió que la aplicación literal de la norma, que se refería al carácter autonómico del registro, conllevaba en este caso «un trato desigual no justificado entre situaciones materialmente iguales, pues prescinde de toda ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso, así como de aquellos criterios interpretativos usuales que son complementarios del literal y permiten abordar supuestos como el aquí abordado, que no están expresamente previstos en la norma». Asimismo, afirma «que no pueden ser tratadas jurídicamente como situaciones o realidades distintas las uniones de hecho que se inscriban en diferentes registros que exigen el cumplimiento de los mismos requisitos materiales para su reconocimiento legal (AATC 77/2004, de 9 de marzo; 174/2004, de 11 de mayo, y 69/2007 de 16 de abril)». La STC 40/2022, de 21 de marzo FJ 6, sostiene que «tales inscripciones, en cuanto se acreditan con un título oficial justificativo satisfacen las exigencias de seguridad jurídica y evitación del fraude que persigue la inscripción, por lo que resultan plenamente equiparables». Por ello, concluye que «el trato desigual resultante, aunque apegado al tenor literal de la Ley, no persigue un fin legítimo, ni tampoco pueden ser consideradas proporcionadas las diferencias de trato que produce como resultado».

⁴¹ Sobre la igualdad ante la ley sigue siendo un referente imprescindible el trabajo de Javier Jiménez Campo, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, septiembre-diciembre 1983.

⁴² Según afirma la STC 20/2022, de 21 de marzo, FJ 5, «lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades normativas o aplicativas que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se

Nos encontramos, por tanto, ante una manifestación del principio de interpretación conforme a la Constitución en el ámbito aplicativo de las normas no en el de su enjuiciamiento, como suele ser habitual.

3. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR APLICAR LA NORMA ESTABLECIENDO DIFERENCIAS NO PREVISTAS EN ELLA

También se vulnera el principio de igualdad cuando el aplicador del Derecho se separa del criterio igualitario establecido en la ley (en la norma). Se trata de supuestos en los que la resolución aplicativa deniega un derecho normativamente previsto por exigir para su reconocimiento un requisito que la norma no establece. En estos casos, al apartarse de lo dispuesto en la norma, se vulnerará tanto la norma misma —no se ha respetado lo en ella dispuesto—, como el principio de igualdad, pues, en contra de su tenor, se ha deducido una diferencia que el legislador (o el reglamentador, a estos efectos, es lo mismo) no había exigido⁴³. Es, precisamente, esta vertiente del principio de igualdad ante la ley la que expresa el viejo aforismo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*⁴⁴. El aplicador del Derecho no puede distinguir donde la ley no distingue, pues si lo hace establece una diferencia no prevista por legislador rompiendo, de este modo, el criterio igualitario que impone la norma.

Resulta, por tanto, que para que pueda apreciarse la lesión del derecho que garantiza el art. 14 CE no basta con que el acto aplicativo sea contrario a la ley —esta vulneración, como se acaba de indicar, conllevaría la ilegalidad del acto por ese motivo—, sino que es necesario, además, que la resolución haya denegado la pretensión solicitada por exigir un requisito no previsto en la norma. Por ejemplo, en el caso resuelto por la STC 209/1987, de 22 de diciembre, el Tribunal Constitucional apreció la vulneración del principio de igualdad porque una norma reglamentaria estableció un requisito

deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida» (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4, y 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas).

⁴³ En un sentido parecido a lo que aquí se sostiene se pronunció Juan Luis Requejo Pagés. en «Igualdad en la ley y ante la ley: el criterio de la diferencia», *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 17, 1993, p. 59, al sostener que «[l]a igualdad *ante* la ley aparece así como un principio que opera en la vertiente de la aplicación de las normas y en virtud del cual éstas deben aplicarse ateniéndose estrictamente a su contenido, esto es, sin añadir nuevos criterios de diferenciación a los ya establecidos en la norma aplicable». Este autor considera que «la igualdad *ante* la ley actúa en todos los estadios del ordenamiento ya que la creación y la aplicación normativas son fenómenos que se presentan de modo simultáneo en cada una de las fases positivamente establecidas entre la primera y la última de las normas del sistema jurídico» (pp. 59 y 60).

⁴⁴ Sobre este aforismo y su vinculación con el principio de igualdad puede verse Rafael Domingo (dir.), Javier Ortegay Beatriz. Rodríguez-Antolín *Principios de Derecho Global Aforismos Jurídicos comentados* Garrigues-Cátedra Thomson Aranzadi, 2003, p. 225, §683.

que no estaba previsto en la ley que desarrollaba y la aplicación de este requisito conllevó que al recurrente en amparo le denegaran el subsidio de desempleo solicitado. El Tribunal entendió que un reglamento no puede «excluir del goce de un derecho a aquellos a quienes la ley no excluyó» (FJ 3). Por ello, consideró que al aplicarse el reglamento ilegal se creó una diferencia «carente de todo fundamento legal y, por lo mismo, discriminatoria» (FJ 4).

La STC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6, sostuvo que era contrario al principio de igualdad exigir para acceder a un proceso selectivo un requisito que no estaba previsto en las normas que regulaban el concurso⁴⁵. Asimismo, se apreció la vulneración del principio de igualdad por exigir un requisito que no estaba establecido en la ley en la STC 131/2017, de 13 de diciembre. En esta sentencia se consideró que la resolución impugnada, al anular el nombramiento como jefe de servicio del recurrente por entender que, como su mujer era jefa de sección en ese servicio, carecía de la imparcialidad necesaria para desempeñar ese trabajo vulneró el derecho fundamental que garantiza el art. 14 CE. El Tribunal Constitucional consideró que la resolución impugnada estaba apreciando una causa de incompatibilidad que no se encontraba legalmente prevista, por lo que estaba exigiendo el cumplimiento de un requisito —no tener vínculo matrimonial con los funcionarios de ese servicio para poder ser titular de su jefatura— que, al no establecerlo la ley, no se podía imponer⁴⁶.

La STC 100/2022, de 22 de septiembre, también apreció la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la norma porque la Administración, en un proceso selectivo, no valoró uno de los méritos que, de acuerdo con la normativa que lo regulaba debía valorarse —la evaluación positiva de la actividad docente—. El Tribunal Constitucional estableció que la resolución impugnada, al introducir diferencias no previstas en la ley —no se valoró un mérito que según establecía la ley había de valorarse— quebró el criterio igualatorio previsto por el legislador y por este motivo vulneró el principio de igualdad.

⁴⁵ La sentencia citada apreció la vulneración del art. 23.2 CE, que constituye, según ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia constitucional, una específica manifestación del principio de igualdad en el ámbito de los cargos y funciones públicas (entre otras muchas, STC 156/1998, de 13 de julio, FJ 3).

⁴⁶ Según se afirma en la STC 31/2017, de 13 de noviembre, FJ 4 «el derecho proclamado en el artículo 23.2 CE incorpora también el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la ley, de tal modo que, una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento». En esta sentencia se afirma que «la configuración legal a que se refiere el precepto [el art. 23.2 CE] no sólo vincula el contenido del derecho al cumplimiento de los requisitos contemplados ex lege, sino que también opera como garantía de que al margen de las previsiones legales no es dable imponer limitaciones, tanto en relación con el acceso inicial a la función pública como en el curso de la carrera profesional. Así pues, en relación con el artículo 23.2 CE la ley tiene la función de delimitar el contenido y alcance de ese derecho fundamental, esencialmente vinculado a los principios de igualdad, mérito y capacidad, pero también opera como un valladar frente a cualquier imposición de requisitos, condicionantes o incompatibilidades no previstas en ella».

4. ALCANCE DEL FALLO DE LAS SENTENCIAS QUE ESTIMAN EL RECURSO POR APRECIAR QUE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA ES CONTRARIA AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO EN SU VERTIENTE MATERIAL

En estos casos la estimación del recurso, tanto si es en la vía judicial como si es en amparo ante el Tribunal Constitucional, debe conllevar la anulación de la resolución impugnada y el restablecimiento del derecho. En estos supuestos como la decisión es, en sí misma, no por referencia a lo decidido en otro caso análogo, contraria al principio de igualdad no cabe otra solución que declarar su nulidad y reconocer al recurrente el derecho a obtener su pretensión. No cabe acordar la retroacción de actuaciones como sucede, con carácter general en los casos en los que la vulneración de la igualdad se ha producido por el órgano judicial se ha apartado arbitrariamente de sus precedentes, pues al ser la vulneración del derecho a la igualdad de carácter sustantivo —no es consecuencia de una indebida motivación, como ocurre en la vertiente formal— el reconocimiento del derecho y, en su caso, el restablecimiento de la situación jurídica le corresponde al órgano que resuelve el recurso no a quien ha dictado la resolución lesiva del derecho fundamental⁴⁷.

⁴⁷ Así lo afirma la STC 40/2022, de 21 de marzo (denegación de una bonificación fiscal porque la pareja de hecho estaba inscrita en un registro municipal y no en el autonómico). Esta sentencia sostiene que «el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley comporta indudablemente la declaración de nulidad de las resoluciones impugnadas [art. 55.1 a) LOTC] y, a la vista de la naturaleza sustantiva de la vulneración declarada, el restablecimiento de su derecho impone el reconocimiento en favor de la demandante de la bonificación fiscal pretendida. En tal medida, resulta innecesario acordar la retroacción de actuaciones para reintegrar a la recurrente en la integridad de sus derechos ordenando un nuevo enjuiciamiento del caso, pues no se trata aquí de corregir el desconocimiento de normas procesales con relevancia constitucional (SSTC 131/2017, de 13 de noviembre; 149/2017, de 18 de diciembre; 151/2021, de 13 de septiembre; 172/2021, de 7 de octubre, y 5/2022, de 24 de enero)».

¿EXISTE UN DERECHO A RESISTIRSE FRENTE A LA EXACCIÓN FISCAL DESPROPORCIONADA?

JUAN FERNANDO DURÁN
Profesor Titular de Derecho Constitucional

I. Introducción

La respuesta más obvia parece ser no, no en el seno de un Estado constitucional dotado de sólidas garantías jurídicas, en el que las expresiones normativas y ejecutivas de las decisiones fiscales, previamente acordadas por los representantes, pueden controvertirse ante los tribunales; incluso entre aquellas Constituciones que modernamente aún reconocen en sus preceptos un eventual derecho de resistencia¹. De hecho, los Estados no han permanecido impasibles frente a las revueltas más o menos violentas en cuyo origen se encontrara directamente la contestación social a determinadas políticas fiscales, y las han reprimido para restaurar la autoridad y la propia paz social, sin las cuales la existencia del mismo Estado quedaría comprometida. Todo ello sin perjuicio de que, en ocasiones, tras la represión emergiera el indulto e incluso la reacción legislativa que diera marcha atrás o atenuara las cargas fiscales más controvertidas.

Otro bien distinto es el contexto de gestación del Estado constitucional, en cuyo caldo de cultivo resuenan los ecos del principio *no taxation without representation*, con acomodo normativo en la temprana revolución inglesa, casi cien años antes de que los coloniales norteamericanos administraran la misma medicina a su metrópoli. En la construcción lockiana del derecho de resistencia frente a poder tirano, se encuentran referencias al necesario consentimiento que los representantes de los ciudadanos deben prestar para el levantamiento de las cargas tributarias, y, asimismo, a la facultad de deponer y cambiar a la autoridad que ha «invadido la propiedad de los súbditos»². Puede que el icónico impuesto sobre el timbre introducido por la *Stamp Act*, estuviera fiscalmente justificado, pero en ultramar no se admitió la tesis de la representación «virtual» con la que intentó acallarse las denuncias de que esa y otras cargas fiscales

¹ Así, el artículo 21 de la Constitución portuguesa, que dispone: «Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública». Véase, en parecidos términos, el artículo 20.4 de la Constitución alemana.

² He manejado la versión del *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, traducida, con prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1990; véanse los § 140 (p. 148) y § 226, respectivamente (*vid.* Martin Hughes, «Locke on taxation and suffrage», *History of Political Thought*, núm. 3, vol. 11, otoño de 1990, p. 434).

eran incontestadas³. Puede que, en general, las colonias levantiscas vivieran una situación económica relativamente acomodada y que, en principio, la política fiscal fuera hasta progresiva, pero las nuevas exigencias financieras derivadas de los costos ocasionados por la Guerra de los Siete Años (con una destacada actividad bélica en esa zona, entre otros escenarios), cambió el panorama: «Las políticas fiscales coloniales eran bastante progresistas para la época, y la tierra y la propiedad eran las más comúnmente gravadas, lo que significaba que los más ricos pagaban la mayor parte de los impuestos. Sin embargo, la Ley del Timbre, que exige el pago de un impuesto sobre muchos artículos comunes como periódicos, naipes, documentos de matrimonio y educativos, afectaría a una porción mucho mayor de la población. El coste de muchos bienes cotidianos aumentaría, afectando a personas de todas las clases sociales»⁴.

Ahora bien, una vez admitida la existencia de cargas tributarias aprobadas por los representantes electos de los ciudadanos ¿qué sucede cuando lo que se contesta es su carácter desproporcionado o injusto? Parece que la tradición lockiana del derecho de resistencia ha pretendido llevarse hasta este ámbito y, como se verá más adelante, la república norteamericana iba a padecer alzamientos motivados por la contestación a las políticas fiscales estatales y de la propia federación. Ciertamente, es complicado reducir la complejidad intrínseca de los movimientos sociales a un único motivo. Pero en contraste con las revueltas en los Estados de la Europa continental, en las que las eventuales querellas fiscales vienen «cocinadas» junto con cuestiones de muy variada índole (debacles económicas, insoportables condiciones laborales, desigualdades intolerables, etc.), la cultura política anglosajona acredita la existencia de no pocas algaradas sustentadas en controversias de origen fiscal. Y hasta fechas no lejanas, como sucedió con los disturbios en el Reino Unido, a comienzos de la década de los noventa del pasado siglo, con ocasión de la reforma del *Poll Tax*, que llevaron a la caída de la Premier Margaret Thatcher y a la derogación de la controvertida medida por parte de su sucesor John Major. La aparentemente persuasiva finalidad del tributo, la responsabilidad fiscal de los ciudadanos por los servicios locales de los que disponían, no fue suficientemente acogida por estos⁵.

³ Gordon S. Wood, *La revolución norteamericana* (trad. I. Merino), Mondadori, Barcelona, 2003, en particular p. 56 y, más adelante, pp. 71-78.

⁴ Traducción personal. Vid. Jonathan Mercantini, «On the origins of America's culture of tax resistance: The Stamp Act crisis», entrada en el *Constitution Daily Blog*, 22 de marzo de 2015, publicado por el *National Constitution Center*, §7, disponible en: <https://constitutioncenter.org/blog/on-the-origins-of-americas-culture-of-tax-resistance-the-stamp-act-crisis>. Por su parte, para entender por qué no era posible un compromiso entre ambas partes, léanse las reflexiones de: Sebastian Galiani y Gustavo Torrens, «Why not taxation and representation? A note on the American Revolution», *Working Paper*, núm. 22724, *National Bureau of Economic Research*, octubre de 2016 (versión revisada en enero de 2028). Vid., también, John Passant, «Taxation and the American Revolution», *Australasian Accounting, Business and Finance Journal*, vol. 11, núm. 3, 2017, pp. 20-29.

⁵ Vid. Peter Smith, «Lessons from the British Poll Tax disaster», *National Tax Journal*, núm. 4, vol. 44, diciembre de 1991, p. 435. Para una cronología detallada de los acontecimientos, vid. Adam Lent, «Chronology», en Virginia Preston (ed.), *Resistance to the Poll Tax*, Institute of Contemporary British History, Universidad de Londres, Londres, 2023, pp. 15-17.

Por razones de espacio, los supuestos objeto de análisis van a limitarse a la experiencia norteamericana, ya con el Estado constitucional en marcha, aunque con cita de algún precedente en época colonial que se apartaba de la habitual queja sobre el carácter no consentido de los tributos, para hacer hincapié en la desproporción de la carga tributaria y sus efectos (el conocido como movimiento *regulator*) y, del lado británico, una revuelta aristocrática, en la que la oposición conservadora se valió de las tácticas obstruccionistas en la Cámara de los Lores para oponerse a la política fiscal promovida por el Ejecutivo liberal de la época y que desencadenó una crisis constitucional notable.

II. Las rebeliones fiscales pre y posrevolucionarias en Norteamérica

«El imperio de la ley también busca la equidad. Exigimos igual tratamiento para los ciudadanos sometidos al imperio de la ley. Esperamos que las transferencias de renta de los ricos a los pobres sigan su curso justo, no que sean un impuesto arbitrario o una confiscación tipo Robin Hood. Los colonos rebeldes americanos de 1776 no objetaban los impuestos en sí, sino a los impuestos sin representación»⁶. En la reflexión hay un salto entre las dos partes que genera cierta quiebra lógica sobre el planteamiento más tradicional, a la par que habitual, sobre la «rebelión fiscal» de los coloniales. A pesar de lo expuesto, a los «rebeldes» no les bastaba con que los impuestos que se levantarán fueran consentidos a través de sus propios representantes (condición necesaria, sí, mas no suficiente), sino que tradicionalmente se venía exigiendo que fuera «proporcionada y equitativa», como se refleja en la primera parte de la reflexión. Ya, antes de estallar la guerra de independencia, en la entonces colonia de Carolina del Norte, el movimiento *Regulator* se alzó, armas en mano, contra las autoridades locales (no contra la Corona ni las autoridades ejecutivas metropolitanas) por considerar injustos los tributos exigidos. De hecho, una parte no menor de los antiguos *regulators* (aunque eso es otra historia) se integró en el bando lealista durante la Revolución norteamericana.

1. LA REBELIÓN DEL MOVIMIENTO *REGULATOR* EN CAROLINA DEL NORTE:

«NO CONTRA NUESTRA FORMA DE GOBIERNO NI CONTRA NUESTRAS LEYES»⁷

Entre 1766 y 1771 tuvo lugar en algunos condados de la, aún entonces, colonia de Carolina del Norte una rebelión fiscal violenta promovida por el movimiento *Regulator*⁸. Constatado el origen fiscal de este movimiento y la posterior rebelión armada,

⁶ Jeffrey Sachs, *El precio de la civilización* (trad. E. Trincado), Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2012, p. 49.

⁷ El fragmento reproduce algunas de las quejas del movimiento, recopiladas por uno de sus líderes, H. Husband (la cita la recoge Nathan C. Traylor, «The Regulators Movement in the Carolinas», *Archiving Early America*, vol. XIII, núm. 2, verano-otoño de 2009, § 2, disponible en: <https://www.varsitytutors.com/earlyamerica/early-america-review/volume-13/the-regulators-movement-in-the-carolinas>.

⁸ Este movimiento no debe confundirse, a su vez, con los reguladores de la vecina Carolina del Sur, prácticamente contemporáneos. En este caso, se trató de las quejas que los ciudadanos más acomodados

en este caso el descontento no tenía que ver con la existencia —y exigencia— de impuestos incontestados, aprobados en ultramar por las autoridades metropolitanas⁹. El grueso del movimiento estaba integrado por agricultores a pequeña escala y artesanos, integrantes de las clases económicas menos acomodadas, agobiadas por tributos locales que consideraban injustos y por las deudas que éstos les generaban¹⁰. Vale la pena retener, junto con los aspectos fiscales que interesan al presente trabajo, las diferencias sociales entre quienes se adhirieron al movimiento, o cuando menos simpatizaban con él, y los estratos sociales más acomodados de la colonia, no solo afectados en menor medida por la carga tributaria, sino miembros, además, de los órganos representativos locales y coloniales que aprobaban dichas cargas¹¹. A este aspecto se volverá más adelante.

Y, precisamente, este sustrato social del movimiento, que llevó a un enfrentamiento intracomunitario, estrictamente contraído a distintos condados de la colonia, hace que esta rebelión no pueda vincularse con la intensa agitación colonial contra las políticas fiscales y arancelarias de la metrópoli que afectaban directamente a las colonias norteamericanas, por lo demás sobradamente conocida. Los rebeldes «reguladores» dirigieron su hostilidad contra los funcionarios locales encargados de recaudar los tributos y ejecutar, en su caso, las confiscaciones u otras medidas derivadas de las deudas tributarias e, incluso, contra los representantes en la asamblea de la colonia, con intereses económicos distintos a los de los ciudadanos que formaban parte del movimiento, y que consintieron las prácticas de estos funcionarios¹².

Al principio, el movimiento fue una forma de articular ante el Gobernador, de forma colectiva, los agravios generados por las autoridades locales debido a la existencia de unos impuestos considerados injustos, pero no porque no estuvieran aprobados por los representantes de los ciudadanos de la colonia (pues estas decisiones fiscales se tomaban en la asamblea de la colonia) sino por considerarlos como una carga abusiva, difícil de afrontar, además, en un contexto de depresión económica¹³. Pero junto con estas causas materiales las hubo también formales, no se trataba sólo de resistirse a los exactores cuando trataban de cobrar las deudas tributarias mediante la confiscación de bienes, una práctica que dejaba a los deudores en una situación muy comprometida,

plantearon contra las autoridades debido a una situación de delincuencia generalizada, de falta seguridad y de falta de aplicación de la ley, entre otras. Las razones, pues, exceden de las planteadas en este trabajo, aunque plantean problemas constitucionales recurrentes y arraigados en la historia norteamericana, como el «vigilantismo» ante el fracaso de las autoridades al imponer la ley (para este movimiento, *vid.* R. N. Klein, «Ordering the Backcountry: The South Carolina Regulation», *The William and Mary Quarterly*, vol. 38, núm. 4, octubre de 1981, pp. 661-180).

⁹ De hecho, en algunos documentos contemporáneos se encuentran muestras de lealtad al Rey, por parte de distintos miembros del movimiento (*vid.* Nathan C. Traylor, «The Regulators Movement in the Carolinas», *op. cit.*, § 4).

¹⁰ *Vid.* Howard Zinn, *La otra historia de los Estados Unidos* (trad. T. Strubel), Hitu, Navarra, 1999 (2.ª ed), p. 61.

¹¹ *Ibid.*, pp. 61-62.

¹² *Vid.* Alan D. Watson, «The Origin of the Regulation in North Carolina», *The Mississippi Quarterly*, vol. 47, núm. 4, otoño de 1994, p. 571.

¹³ Nathan. C. Traylor, «The Regulators Movement in the Carolinas», *op. cit.*, § 1.

sino que se denunciaron malas prácticas por parte de los funcionarios locales a cargo de la exacción, los alguaciles (*sheriffs*), que llegaron incluso a la extorsión y a cobros indebidos de impuestos, de los que retenían una parte para su lucro personal.

Los agraviados plantearon sus quejas ante el Gobernador, quien llegó a reprender a los alguaciles por cobrar más impuestos de los permitidos legalmente, pero fue una amonestación más formal que real y se continuó con la práctica. La situación se degradó, los alguaciles, además de pretender largos desplazamientos de los ciudadanos para pagar impuestos en lugar de cobrarlos ellos, como había venido sucediendo hasta el momento, arrestaron a algunas personas y confiscaron sus bienes por las deudas tributarias contraídas; entonces, comenzaron los disturbios¹⁴. En un primer momento, el Gobernador Tryon intentó contener el movimiento exigiendo de una manera más efectiva a los funcionarios locales que no sobrecargaran ilícitamente de impuestos a los ciudadanos, e incluso se procesó a alguno por extorsión; los rebeldes querían la destitución de los funcionarios y el gobernador se negó¹⁵.

De los disturbios, agresiones e intimidaciones a los alguaciles y los tribunales locales cuando se intentó ejecutar judicialmente las deudas tributarias, se pasó a la rebelión armada. No fue necesario despachar tropas regulares para enfrentarse al nutrido grupo de rebeldes armados y la milicia colonial los derrotó militarmente. Algunos de los promotores del movimiento fueron juzgados, pero el resto fue tratado sin excesiva severidad y algunas de las exigencias sobre la mala praxis de los exactores corregida¹⁶. En relación con este movimiento se ha apuntado anteriormente que no debía vincularse con las acciones de protesta y sedición que ya venían teniendo lugar en otras colonias contra la política fiscal metropolitana. De hecho, se ha afirmado que la mayoría de los simpatizantes del movimiento fueron posteriormente, cuando estalló la revolución norteamericana, simpatizantes del bando lealista¹⁷. Más arriba se ha hecho referencia al carácter intracomunitario del enfrentamiento y es que la lealtad de los reguladores a la Corona y la falta de compromiso con la revolución se basa, en parte, en su desconfianza hacia algunos de los promotores de la revolución americana a los que consideraban sus opresores, esto es, a la élite social, ilustrada y presente en la asamblea colonial, la misma que había aprobado los impuestos injustos y había consentido en las malas prácticas tributarias¹⁸.

2. LAS REBELIONES FISCALES POSREVOLUCIONARIAS

Bien puede decirse que la culminación exitosa del proceso de independencia de las trece colonias no acabó con las revueltas fiscales internas; y el movimiento *regulator* había sido un aviso en este sentido. Muy pronto, los trece nuevos estados, inicialmente

¹⁴ *Ibid.*, § 3.

¹⁵ *Ibid.*, § 6.

¹⁶ *Ibid.*, § 7.

¹⁷ *Vid.* Alan D. Watson, «The Origin of the Regulation in North Carolina», *op. cit.*, p. 584.

¹⁸ *Vid.* John Spencer Bassett, «The Regulators of North Carolina (1765-1771)», *Annual Report of the American Historical Association*, 1894, p. 209.

confederados, y la joven república federal, a continuación, iban a comprobar, a sus propias expensas, hasta qué punto había quedado arraigada en sus ciudadanos la tradición levantisca frente a la exacción fiscal. La tesis es que la exigencia de «ningún tributo sin representación» iba a ser condición necesaria, mas no suficiente. Las cargas, aprobadas por representantes considerados como legítimos por los destinatarios de la medida debían, además, ser justas en términos proporcionales¹⁹. Y todo ello sin perjuicio de que la legitimidad de los representantes federales se viera cuestionada en el seno del intenso debate entre los partidarios de una *more perfect union* y los celosos vigilantes de las prerrogativas y facultades de los distintos Estados integrantes de la nueva estructura política.

A. *La rebelión de Shays y el debate en torno a una Constitución federal.* Los costes de la guerra habían dejado a los Estados recién emancipados en una situación económica delicada, en la que se resintieron las finanzas públicas, pero también la débil economía de numerosos ciudadanos acuciados por dificultades económicas de distinta índole. En el Estado de Massachusetts, en su parte occidental, la rebelión, ni mucho menos la única²⁰, pero sí con algunas implicaciones de alcance constitucional notable, estalló llegando a agrupar a varios miles de ciudadanos descontentos y armados. El movimiento, calificado como nuevos reguladores²¹, tenía reivindicaciones muy amplias, entre las que se encontraba el descontento de sus integrantes por no haber recibido todos los haberes de su participación como combatientes en la aún cercana Guerra de Independencia²², pero no hay que desdeñar que entre los alzados se encontraban numerosos ciudadanos acuciados por deudas tributarias²³.

La revuelta, desarrollada entre el verano de 1786 y la primavera de 1787, presenta distintos perfiles interesantes. Cuando comenzó el hostigamiento armado hacia las autoridades judiciales y gubernativas, ha de destacarse la inicial incapacidad de res-

¹⁹ Como afirma Jonathan Mercantini: «Si bien la autoridad para recaudar impuestos por parte del Congreso y las legislaturas estatales no ha sido cuestionada desde poco después de la ratificación de la Constitución, la cantidad, tasa y recaudación adecuadas de impuestos sigue siendo quizás el aspecto más discutido de la política pública en la actualidad» (traducción personal, *vid.* «On the origins of America's culture of tax resistance: The Stamp Act crisis», entrada en el *Constitution Daily Blog*, 22 de marzo de 2015, publicado por el *National Constitution Center*, § 1, disponible en: <https://constitutioncenter.org/blog/on-the-origins-of-americas-culture-of-tax-resistance-the-stamp-act-crisis>).

²⁰ Dado el contexto fiscal en el que se desenvuelven estas reflexiones, cabe reseñar que, en septiembre de 1786, en el Estado de Nueva Hampshire, un numeroso grupo de ciudadanos indignados acosó a las autoridades gubernativas, en la ciudad de Exeter (entonces, capital del Estado), con la exigencia de que se devolviera el importe cobrado a través de las cargas tributarias (*vid.* Howard Zinn, *La otra historia de los Estados Unidos*, *op. cit.*, p. 86). Hubo revueltas con mayor o menor intensidad en Maryland, Nueva Jersey, Pensilvania o Carolina del Sur (*vid.* John Passant, «Taxation and the American Revolution», *Australasian Accounting, Business and Finance Journal*, núm. 3, vol. 11, 2017, p. 27).

²¹ *Vid.* Robert A. Gross, «A Yankee Rebellion? The Regulators, New England, and the New Nation», *New England Quarterly*, núm. 1, vol. 82, marzo de 2009, pp. 112-135.

²² Se trató de un problema recurrente y no faltaron motines entre los excombatientes del disuelto Ejército Continental por este motivo (*vid.* Howard Zinn, *op. cit.*, pp. 75 y ss.).

²³ *Vid.* Joseph Parker Warren, «The Confederation and the Shays Rebellion», *The American Historical Review*, núm. 1, vol. 11, octubre de 1905, p. 42).

ponder a los rebeldes: las autoridades locales quedaron rápidamente desbordadas por la magnitud del alzamiento. Dentro del Estado, no siempre la milicia, única fuerza militar habilitada, se mostró dispuesta a actuar contra sus conciudadanos. Desde el punto de vista de la confederación se trataba de un incidente interno, fuera de las competencias del ente; ente, además, que ni siquiera contaba con fuerzas permanentes, desde que el Ejército Continental se disolviera tras el Tratado de París, en 1783, una vez concluidas las hostilidades entre Gran Bretaña y sus excolonias. Así las cosas, resulta verdaderamente llamativo, que, para derrotar a los rebeldes, hubiera que alistar una fuerza militar *ad hoc* —una suerte de ejército privado—²⁴, costada por distintos comerciantes y empresarios con quienes los alzados habían contraído deudas y créditos²⁵.

Dadas las fechas de los sucesos, en pleno debate sobre la Constitución federal, como se ha escrito, «[f]inalmente, fueron también los problemas existentes en el interior de cada estado durante los años ochenta los que hicieron posible la reforma constitucional del gobierno central»²⁶. Es posible que Jefferson, desde la distancia que le proporcionaba el ejercicio de sus responsabilidades diplomáticas en París, considerara este tipo de alzamientos como un signo de salud del cuerpo político, como el abono natural de la libertad²⁷; pero desde luego, las autoridades concernidas, no reconocieron *a priori* el derecho de resistencia de los revoltosos. La rebelión fue reprimida por la fuerza de las armas y hubo algunas ejecuciones, aunque la propia cabeza visible, Daniel Shays, fue posteriormente perdonado²⁸. Sin embargo, a la postre, algunas de las exigencias de los rebeldes se llevaron a los programas políticos por parte de candidatos que simpatizaban con el movimiento y que obtuvieron buenos resultados en el órgano legislativo del Estado, encontrando finalmente acomodo normativo²⁹.

B. La rebelión del Whiskey de la resistencia a los juicios por traición. Unos años más tarde, entre 1791 y 1794, estalló en el Estado de Pensilvania la conocida como Rebelión del Whiskey, cuando los granjeros reaccionaron violentamente frente a los impuestos levantados a iniciativa del Secretario de Tesoro, Alexander Hamilton, contra las bebidas alcohólicas³⁰; para situar los eventos en su adecuado contexto, ha de entenderse

²⁴ Vid. Robert A. Gross, «A Yankee Rebellion? ...», *op. cit.*, p. 119.

²⁵ Vid. Joseph Parker Warren, *op. cit.*, p. 43.

²⁶ Vid. Gordon S. Wood, *La revolución norteamericana*, *op. cit.*, p. 206.

²⁷ Vid. Robert A. Gross, *op. cit.*, p. 119; también, Howard Zinn, *op. cit.*, p. 88.

²⁸ Contrasta la dureza de algunos padres fundadores, como Samuel Adams, quien manifestó, con ocasión de esta rebelión que: «En la monarquía puede admitirse que el crimen de la traición sea perdonado o castigado con levedad, pero el hombre que se atreve a rebelarse contra las leyes de una república debe morir», con la del encargado de reprimirla militarmente, el mayor general Benjamín Lincoln, que pidió clemencia para los rebeldes que fueron llevados a juicio y condenados (Howard Zinn, *op. cit.*, pp. 87 y ss.).

²⁹ No siempre se vio con simpatía este tránsito de las armas a las urnas, pues desde algún periódico de la época llegó a cuestionarse que «la sedición misma hiciera las leyes» (vid. Gordon S. Wood, *La revolución norteamericana*, *op. cit.*, p. 207).

³⁰ Vid. Richard H. Kohn, «The Washington Administration's Decision to Crush the Whiskey Rebellion», *The Journal of American History*, núm. 3, vol. 59, diciembre de 1972, pp. 567-584; Bennett M. Rich, «Washington and the Whiskey Insurrection», *The Pennsylvania Magazine of History and Biography*, núm. 3, vol. 65, julio de 1941, pp. 334-352; William Miller, «The democratic societies and the Whiskey insurrec-

que los granjeros, entonces, completaban sus magros ingresos destilando y vendiendo los sobrantes del maíz como bebidas espirituosas³¹. Al principio, las cosas no pasaron de administrar a los recaudadores el tratamiento clásico del alquitrán y las plumas, aunque existieron casos de graves apaleamientos. Es verdad que, tras la oposición inicial (también en Carolina del Norte, Maryland y Virginia), el Congreso modificó la norma tratando de atenuar su alcance fiscal; no fue suficiente³². Más adelante, sin embargo, los rebeldes constituyeron una fuerza armada ligada a la *Mingo Creek Association*³³, contra la que hubo de enviarse un auténtico ejército que agrupó las milicias de hasta cuatro Estados. La fuerza rebelde, tan animosa como indisciplinada y mal pertrechada, fue rápidamente derrotada.

Esta rebelión, ya bajo la vigencia de la Constitución federal, presentaba un paso más en comparación con la anteriormente descrita: se trataba de resistirse violentamente a la aplicación de una ley federal; al menos aparentemente, los alzados no obtendrían perdón por su resistencia fiscal. Se había introducido una nueva variable que oponer a la invocación de la resistencia: el delito de traición. Es verdad que, en términos cuantitativos, no se ejerció una represión elevada³⁴, y que incluso Washington indultó a algunos de los finalmente condenados, pero durante los juicios se determinó que la agrupación violenta para abolir o resistirse a una norma federal equivalía a iniciar una guerra contra los Estados Unidos en términos constitucionales³⁵. De hecho, dos de los condenados, fueron los primeros reos de delito de traición en la joven república³⁶.

tion», *The Pennsylvania Magazine of History and Biography*, núm. 3, vol. 62, julio de 1938, pp. 324-349; Patrick Grubbs, «Whiskey Rebellion Trials», *The Encyclopedia of Greater Philadelphia*, 2015, versión consultada disponible en: <https://philadelphiaencyclopedia.org/archive/whiskey-rebellion-trials/>.

³¹ En algunas zonas de la Norteamérica rural, con una agricultura arcaica y de subsistencia, estas bebidas eran usadas como moneda de trueque; además, cuando se pretendió que los granjeros registraran los útiles que usaban para destilar y que se pagara una cantidad por el producto obtenido, se consideró que esa práctica suponía una intrusión en la vida particular de los contribuyentes (Patrick Grubbs, «Whiskey Rebellion Trials», *op. cit.*, § 2).

³² *Vid.* William Miller, «The democratic societies and the Whiskey insurrection», *op. cit.*, p. 325 (n. 8).

³³ *Ibid.*, p. 343.

³⁴ Tras la derrota de los rebeldes, en unas semanas apenas quedaban una veintena bajo custodia (Patrick Grubbs, «Whiskey Rebellion Trials», *op. cit.*, § 5).

³⁵ Según dispone el artículo tercero, en su sección segunda, de la Constitución federal: «La traición contra los Estados Unidos sólo consistirá en hacer la guerra en su contra o en unirse a sus enemigos, impartiendoles ayuda y protección». De hecho, ya en 1795 Washington había indultado a algunos de los involucrados en la insurrección, pero con excepción expresa para quienes fueran acusados o condenados por delito de traición contra los Estados Unidos (*vid.* Bennett M. Rich, «Washington and the Whiskey Insurrection», *op. cit.*, p. 349).

³⁶ *Vid.* Patrick Grubbs, «Whiskey Rebellion Trials», *op. cit.*, § 6.

III. John Marshall *dixit*: «the power to tax involves the power to destroy»

La frase que encabeza el epígrafe se contiene en el seno de la sentencia del célebre asunto *McCulloch v. Maryland*, dictada por el Tribunal Supremo en 1819³⁷. En realidad, la afirmación de que «el poder tributario conlleva el poder de destruir» no se debe al genio de John Marshall, pues la tomó prestada de las alegaciones del abogado que asistía a la parte apelante, Daniel Webster³⁸, que asistía a la parte demandante, pero es lo suficientemente evocadora como para que haya pretendido trasladarse desde el ámbito específico de la resolución en la que se dictó hasta la generalidad de la materia tributaria³⁹, sirviendo de potente munición para las tesis más hostiles hacia las cargas fiscales⁴⁰. Así pues, en la etapa fundacional de los Estados Unidos, cuando se concibió la Constitución, el peso de la propia experiencia histórica —esto es, el temor a una exacción fiscal desmesurada— hubo de conjugarse adecuadamente con la reciente experiencia (pésima) a la que podía conducir la ausencia de los fondos necesarios para atender las distintas contingencias, con el objeto de alumbrar los límites constitucionales a las facultades tributarias de la Unión (cristalizando en el Artículo I, secciones segunda y novena de la Constitución)⁴¹. Sin embargo, estas prevenciones para quienes

³⁷ *McCulloch v. Maryland*, 17 US (1819). Para la versión española se ha usado la traducción que contiene: Miguel Beltrán de Felipe y Julio Victor González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2003, pp. 115-131. Como curiosidad del asunto, en realidad el apellido del inicial demandado (parte actora ante el Tribunal Supremo) era *McCulloh* aunque se transcribió erróneamente como *McCulloch* y de esta forma se encuentra en cualquier registro judicial o comentario del asunto: «En febrero de 1818, el Legislativo de Maryland promulgó una medida que tenía un solo propósito: desterrar del estado una institución que era vista como “monstruosa”, el Segundo Banco de los Estados Unidos. En Maryland, esta norma apuntó directamente a la sucursal de Baltimore del banco nacional, cuyos asuntos eran supervisados por su presidente, James A. Buchanan, y su cajero, *James William McCulloh* (el expediente de la Corte Suprema se tomó varias libertades con la ortografía de su nombre)» (la traducción y la cursiva son mías; *vid.* Mark R. Killenbeck, «James William McCulloh. The Second Bank of the United States», en *100 Americans Making Constitutional History, A biographical history*, Ed. Melvin I. Urofsky, CQ Press, Washington DC, 2004, pp. 133-135).

³⁸ *Vid.* Earl Taylor, Jr., «The Power to Tax is the Power to Destroy», *National Center for Constitutional Studies*, disponible en: <https://nccs.net/blogs/articles/the-power-to-tax-is-the-power-to-destroy>.

³⁹ *Vid.* un amplio análisis sobre el particular a cargo de Clarence Carson, «The Power to Tax is the Power to Destroy», 1 de octubre de 1976, publicado por la *Foundation for Economic Education*, disponible en: <https://fee.org/articles/the-power-to-tax-is-the-power-to-destroy/>.

⁴⁰ P. ej.: «[...] el poder de imponer tributos es el poder de destruir y los redactores de nuestra Constitución federal y de las Constituciones estatales consideraron que dicho poder solo debería confiarse a los representantes electos del pueblo» (Traducción personal, véase la intervención de T. Tylor, Consejero General del Consejo Industrial de los Estados del Sur, recogida en: *Making unlawful the exaction of tribute or royalties from the production of articles in commerce by coercion, intimidation, or threat: Hearings before Subcommittee N.º 2 of the Committee on the Judiciary*. House of Representatives, 79.º Congress, 2nd Session, Government Printing Office, Washington, 1946, pp. 23-24).

⁴¹ «[...] los impuestos directos se prorratearán entre los distintos Estados que formen parte de esta Unión, de acuerdo con su población respectiva [...]» y «No se establecerá ningún impuesto directo ni de capitación, como no sea proporcionalmente al censo o recuento que antes se ordenó practicar», respectivamente.

han desarrollado una cultura resistente en la materia se vienen considerando muy mermadas tras la incorporación de la décimo sexta enmienda a la Constitución, en 1916⁴²: «desde entonces, los estadounidenses han sido sometidos a la misma intimidación y confiscación de propiedades contra la que se rebelaron nuestros ancestros coloniales»⁴³. Desde estas premisas, cuya potente carga ideológica no puede desconocerse ni omitirse, el «poder de destruir» hay que entenderlo referido a los posibles efectos confiscatorios de la propiedad o definitivamente ablativos para la misma actividad comercial o financiera que pueden llegar a tener los distintos instrumentos fiscales.

Por supuesto, desde posiciones contrarias se ha dado la vuelta al argumento: en las complejas democracias contemporáneas, con los Estados volcados en dar respuesta a múltiples contingencias económicas, quienes se resisten a los impuestos son los que ejercen ese poder destructivo, amenazando las redes asistenciales públicas o aumentando la desigualdad, entre otras consecuencias nocivas⁴⁴.

Sin embargo, en lo que hace a la sentencia del caso *McCulloch v. Maryland*, además de servir para asentar la incipiente doctrina de los poderes por implicación, el asunto se contraía a afirmar la supremacía de la Constitución federal —y de las leyes que la desarrollan— sobre las Constituciones estatales y su correspondiente legislación, en el caso que se ventilaba, obstructivas de la actividad financiera del Banco de los Estados Unidos. Según John Marshall, ponente de la resolución, las reflexiones sobre los efectos destructivos del poder tributario pueden concretarse de la siguiente manera:

«De ello, que podemos considerar un axioma, se deducen otras reglas, de cuya existencia y aplicación al caso se afirma que depende la resolución que aquí adoptemos. Son las que siguen: 1. El poder de crear implica el poder de preservar. 2. El poder de destruir, si es ejercido por otro, es incompatible con el poder de crear y preservar. 3. En caso de contradicción, la autoridad superior no debe ceder sino que debe imponerse sobre la autoridad que le está sometida. [...]»⁴⁵.

«Hemos así descartado, como había de ser, tanto el enfrentamiento entre las dos soberanías como las interferencias entre los poderes territoriales; también la pretensión de un Gobierno de destruir el derecho de otro Gobierno a construir, y la incompatibilidad entre el derecho a destruir y el derecho a construir que se reconoce a dos Gobiernos distintos. [...]»⁴⁶.

«Hay algunas cosas evidentes: que el poder tributario conlleva el poder de destruir, que el poder de destruir puede vencer y anular el poder de construir, y que repugna permitir que un Gobierno controle las medidas constitucionales de otro

⁴² «El Congreso tendrá facultades para establecer y recaudar impuestos sobre los ingresos, sea cual fuere la fuente de que provengan, sin prorratearlos entre los diferentes Estados y sin atender a ningún censo o recuento».

⁴³ Earl Taylor, Jr., «The Power to Tax is the Power to Destroy», *op. cit.*, 4.º3.

⁴⁴ Es la tesis que sostiene, en un reciente ensayo, Michael J. Graetz, *Power to destroy. How the Antitax Movement Hijacked America*, Princeton University Press, 2024.

⁴⁵ *Vid.* Miguel Beltrán de Felipe y Julio Víctor González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo ...*, *op. cit.*, p. 128.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 129 y ss.

Gobierno —Gobierno que, en relación con ellas, se considera tiene un poder superior al poder del Gobierno que pretende controlarlo.— Todos estos enfrentamientos deben resolverse mediante el término mágico CONFIANZA [*sic*]. Los tributos, se dice, no implican siempre y en todo caso un efecto destructivo. Ejercer la potestad tributaria hasta la destrucción sería un abuso, del cual podemos presumir que daría al traste con la confianza esencial a todo Gobierno»⁴⁷.

La sentencia fue contestada desde distintos frentes. Por supuesto, por quienes observaban con desconfianza el creciente aumento de las facultades de las autoridades federales a costa de las de los Estados miembros de la Unión y que seguiría instalada firmemente en el debate político a lo largo del siglo XIX, hasta resolverse trágicamente en los campos de batalla durante la Guerra de Secesión⁴⁸. Pero tampoco fue bien recibida por parte de una opinión pública ante la que el Banco de los Estados Unidos era responsable, y en particular los gestores de la sucursal de Baltimore (cuya actividad financiera está en el origen del caso), de prácticas poco éticas cuando no abiertamente corruptas; así, pudieron leerse quejas sobre «una entidad cuyos “funcionarios pueden defraudar a las instituciones por millones y escapar de la ley penal de los Estados Unidos”» o «El banco se salvó y la gente se arruinó»⁴⁹.

IV. Una rebelión aristocrática: la oposición de la Cámara de los Lores a la legislación fiscal de los gobiernos liberales (1906-1911)

Entre los años 1906 y 1911, el Reino Unido vivó una crisis constitucional que involucró a los cuatro actores institucionales del régimen parlamentario británico: la corona, ambas cámaras legislativas y el gobierno. En esa crisis, llama la atención el enfrentamiento «horizontal» entre la Cámara de los Comunes y la Cámara de los Lores que concluyó, a la postre, con un drástico recorte de las facultades financieras de esta última operado por la *Parliament Act* de 1911⁵⁰.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 130.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 117.

⁴⁹ Mark R. Killenbeck, «James William McCulloch. The Second Bank of the United States», *op. cit.* En realidad, la entidad a la que afectaba la norma fiscal del Estado de Maryland (una ley de 1818 que llevaba por título: *An act to impose a Tax on all Banks or Branches thereof in the State of Maryland not chartered by the Legislature*) era el segundo de los Bancos de los Estados Unidos (el primero se había disuelto en 1811) y su existencia fue objeto de controversia desde el principio: «Al *Second Bank of America* no le fue tan bien como a su predecesor, pues, a pesar de que se había permitido que expiraran sus estatutos, no obstante había escapado a la censura pública por mala conducta y actividad política. El Segundo Banco Nacional, sin embargo, fue motivo de mucha discordia desde sus comienzos» (traducción personal, *vid. Bank Mergers and concentration of banking facilities. A Staff Report to Subcommittee N.º 5 of the Committee on the Judiciary House of Representatives*, Government Printing Office, Washington, 1952).

⁵⁰ Puede encontrarse un amplio estudio de esta cuestión a cargo de Juan José Ruiz Ruiz «La Cámara de los Lores y su oposición al *Welfare State* (1906-1916): notas para un estudio sobre los bicameralismos descompensados», *Revista de Estudios Políticos* (N. E.), núm. 109, julio-septiembre de 2000, pp. 133-172. Por su parte, para la lectura de algunos materiales históricos de la época me ha resultado útil la recopilación

Para comprender adecuadamente el significado de estos sucesos ha de entenderse el contexto en el que tuvieron lugar, con un partido conservador en la oposición y una mayoría parlamentaria liberal que sostenía a un Gobierno que trató de introducir una intensa política social a través de las correspondientes medidas legislativas. Una mayoría parlamentaria favorable pero sólo en la Cámara de los Comunes⁵¹, pues la composición sociológica de la Cámara de los Lorens, de extracción aún exclusivamente hereditaria, era profundamente conservadora. La resistencia política excedió, por supuesto, del mero ámbito fiscal al que se contraen estas páginas, pues las leyes contestadas hostilmente por la oposición abarcaban materias tributarias, medidas en orden a la implantación de un Estado del bienestar embrionario y a la siempre delicada *cuestión irlandesa*, entre otras. En términos fiscales, la resistencia no se ejerció a través de la algarada callejera o de levantamientos populares, toda vez que la minoría conservadora se iba a apoyar en *armas parlamentarias*, precisamente, en la Cámara de los Lorens para oponerse a los tributos cuestionados. El resultado habría de ser un enfrentamiento interinstitucional al que se verían abocadas ambas cámaras, la propia corona y el gobierno liberal en su condición de promotor político de las medidas hostilmente recibidas. En términos estrictamente tácticos, se ha reprochado a los conservadores el recurso a la segunda cámara, no sólo por la comprometida posición en la que fue puesta, sino porque la cuestión podría haberse reconducido en términos electorales⁵², dada la impopularidad de algunas de las medidas propuestas, sin tener que afrontar un coste institucional tan elevado⁵³.

El contexto económico en el que el gobierno liberal pretendía introducir su política de bienestar fue, a partir de 1907, el de una crisis financiera, con la correspondiente

realizada por W. C. Costin y J. Steven Watson, *The Law and working of the Constitution: Documents 1660-1914*, vol. II, Adam & Charles Black, Londres, 1952, en particular pp. 451-473.

⁵¹ Las elecciones de 1906 arrojaron unos resultados de 400 escaños para el partido liberal, que podía contar con los laboristas (30 escaños) y los nacionalistas irlandeses (83 escaños), en lo que algunos analistas contemporáneos denominaron una «alianza progresista», frente a los 157 representantes de los conservadores (he usado los datos que proporciona Ian Maclean, «The 1909 budget and the destruction of the unwritten constitution», *Policy Papers*, 3 de noviembre de 2009, §1, versión electrónica disponible en: <https://www.historyandpolicy.org/policy-papers/papers/the-1909-budget-and-the-destruction-of-the-unwritten-constitution>).

⁵² «De esperar, la oposición podría haber ganado la siguiente elección y derogado las contribuciones territoriales. Pero presionó a los pares para que rechazaran el presupuesto, que es precisamente lo que más deseaba Lloyd George», así lo considera George Macaulay Trevelyan, *Historia política de Inglaterra* (trad. R. Iglesia), Fondo de Cultura Económica, México DF, 1894 (2.ª ed.), p. 515.

⁵³ Con la tradicional prudencia para los asuntos —propios— de profundo calado institucional, algún autor reusaba, en fechas todavía cercanas a los acontecimientos, tomar posición, con el pretexto de la episódica naturaleza de la actitud de los Lorens: «[...] [e]l caso planteado al ser rechazada la ley de Hacienda de 1909 [en realidad se trató de la ley de presupuestos] fue, desde luego, una excepción; pero las controversias suscitadas al rechazarse este proyecto de ley son demasiado intensas y de fecha cercana para que hagamos aquí de ellas tema de discusión», véase Courtenay P. Ilbert, *El Parlamento* (trad. J. Calvo Alfaro), Labor, Barcelona, 1930 (2.ª ed.) (la 1.ª ed. inglesa es de 1911, de ahí las consideraciones del autor; la cursiva es añadida), sin embargo, más recientemente, la actitud de los Lorens y del rey (las dos cámaras no electas, según el esquema propuesto por Albert Venn Dicey sobre el que se volverá más adelante) se han calificado como un golpe de Estado contra la Constitución no escrita del Reino Unido (Ian Maclean, «The 1909 budget and the destruction of the unwritten constitution», *op. cit.*, §§ 4 y 21).

caída de los ingresos fiscales y con unas necesidades de gasto, al margen de las anteriormente expuestas, que entraban de lleno en el ámbito vital estratégico de la nación: la necesidad urgente de fabricación de buques para la Marina Real. A ello se trató de responder fiscalmente: aumentando la progresividad del impuesto de la renta, mediante el aumento de la imposición sobre el alcohol y a través de una serie de tributos que gravaban las propiedades rústicas; de este programa se ha escrito que «a los ricos no les gustó el primero. Al partido irlandés no le gustó el segundo. Pero fueron los impuestos sobre bienes rústicos los que provocaron la furia de los lores»⁵⁴. No está claro el impacto real del impuesto («el de menor rendimiento»)⁵⁵ que desató la hostilidad de la Cámara de los Lores. No han faltado opiniones acerca de que el aumento del tributo no era excesivo a la vez que se ha cuestionado la técnica del mismo⁵⁶, aunque H. Finer lo considera «provocativo»⁵⁷.

La resistencia de la Cámara de los Lores, rechazando la ley presupuestaria previamente aprobada por los Comunes (conocida como *People's Budget*), en la que se introducían las medidas tributarias aludidas, era algo más que la quiebra de una regla de *fair play* parlamentario. La transformación del modelo representativo británico operado desde la *Reform Act* de 1832, que confería un estatus electivo reforzado a la Cámara de los Comunes sobre la nobiliaria —a la par que no electiva— Cámara de los Lores, había llevado al entendimiento, formalizado como práctica de actuación institucional, de que esta última no debía oponerse —ni siquiera enmendar— a la legislación financiera, promovida por el gobierno, que ya hubiera sido aprobada por la Cámara de los Comunes. Antes de la crisis constitucional de 1909, apenas se produjo algún caso de resistencia episódica a la legislación financiera proveniente de los Comunes⁵⁸. Pero, al margen de la utilización política que hiciera el partido conservador de los Lores para hacer oposición al gobierno liberal⁵⁹, la Cámara de los Lores reivindicó unas potestades legislativas formalmente no derogadas y un papel constitucional de contrapeso a una cámara baja a la que se reprochó que se había convertido en una «dictadura electiva»⁶⁰, aunque fuera tratando de arrogarse la facultad de interpretar que las decisiones que se le sometían a su consideración realmente no eran apoyadas por los electores, en una

⁵⁴ Vid. Ian Maclean, *ibidem*, § 8 (traducción personal).

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ «El presupuesto de Lloyd George fue impopular entre las clases elevadas, justamente en la medida en que proponía nuevas contribuciones territoriales en una forma mal concebida que resultó impracticable; y con menos motivos, porque hacía un aumento muy moderado de la contribución directa de las gentes acomodadas. Establecía un impuesto gradual sobre la renta de una cuarta parte aproximadamente de los que es hoy (1957) e impuestos sobre herencias correspondientes, para pagar pensiones a la vejez y un aumento muy necesario de la marina» (George Macaulay Trevelyan, *Historia política de Inglaterra*, *op. cit.*, p. 515).

⁵⁷ Vid. Hermann Finer, *Teoría y práctica del gobierno moderno* (trad. Enrique Tierno Galván), Tecnos, Madrid, 1964, p. 506; sin embargo, Ian Maclean niega que la intención de Lloyd George (a la sazón Ministro de Hacienda) fuera inicialmente la de provocar a los lores («The 1909 budget and the destruction of the unwritten constitution», *op. cit.*, § 10).

⁵⁸ Vid. Hermann Finer, *Teoría y práctica...*, *op. cit.*, p. 502.

⁵⁹ «En épocas de Gobiernos liberales o laboristas la Cámara de los Lores será virtualmente la ayuda de la oposición conservadora en la Cámara de los Comunes», *ibid.*, p. 507.

⁶⁰ Vid. Ian Maclean, «The 1909 budget and the destruction of the unwritten constitution», *op. cit.*, § 28.

comprensión de la monarquía constitucional británica que cohonestaba mal con la evolución democrática del sistema⁶¹.

La construcción teórica de esta pretensión se encuentra, entre otros, en A. V. Dicey para quien la soberanía del Parlamento se expresa en la actuación conjunta de la corona y de ambas cámaras. El autor, en una introducción a su obra *Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, en una de las ediciones posteriores a la *Parliament Act* de 1911, consideraba que la ley había alterado el *statu quo* tradicional que había venido siendo respetado por la cámara alta, salvo que no se hubiera acreditado la superación una suerte de test de congruencia entre los deseos del electorado y el resultado de la ley: «Debe recordarse nuevamente que los Lores, al menos los de los últimos años, han rechazado alguna vez *Bills* apoyados por la mayoría de la Cámara de los Comunes que, como ha sido probado por los hechos, no habían recibido el apoyo de los electores. De ahí que no pueda negarse que la acción de la Cámara de los Lores ha protegido algunas veces la autoridad de la nación»⁶².

La *represión legislativa* de los rebeldes requirió el concurso de la corona para salvar el bloqueo —por lo demás comprensible— de la Cámara de los Lores a su propia *capitis deminutio* funcional. No es descartable que las sucesivas apelaciones al electorado que provocó la crisis constitucional hicieran aflorar un cierto sentido pragmático en la cámara alta para buscar una salida a la situación creada, si bien es cierto que la amenaza al recurso de la creación por parte del Rey de nuevos pares, que inclinara el sesgo ideológico de ésta, se antoja como un remedio cuyo peso no puede minusvalorarse. Frente al tono apologético de algún autor, que confiere a la intervención del rey Jorge V un valor taumatúrgico para desvanecer posibles tentaciones republicanas generadas por la *revolución aristocrática*⁶³, su inmediato antecesor, Eduardo VII⁶⁴, sí procedió con más cautela; algunos documentos de la época lo muestran dispuesto a presionar al partido conservador para modificar el criterio de los lores⁶⁵, pero más remiso a la hora de usar

⁶¹ Lloyd George desdenaría esta pretensión al considerarla un pretexto para ocultar la utilización descaradamente política de la cámara alta, «los lores no serán los perros de presa de la Constitución, sino el perro faldero de los conservadores» (Hermann Finner, *Teoría y práctica...*, op. cit., p. 507).

⁶² Las consideraciones del autor se recogen en la introducción a la 8.ª ed. inglesa, publicada en 1915 (se ha usado la versión española, Albert Venn Dicey, *El Derecho de la Constitución*, traducción y estudio introductorio de H. Domínguez Benito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 398).

⁶³ «Jorge V, después que la segunda elección hubo confirmado el resultado de la primera, obligó a los pares a aprobar el proyecto parlamentario [de reforma funcional de la Cámara], empleando, a requerimiento de Asquith, el mismo método de la amenaza de una creación masiva de pares como el que empleó Guillermo IV, al dictado de Grey, para aprobar el primer proyecto de reforma. Una vez más las prerrogativas de la corona fueron el arma de la democracia: hecho que contribuyó a desviar todavía más a las clases trabajadoras de la doctrina republicana» (George Macaulay Trevelyan, *Historia política de Inglaterra*, op. cit., p. 515).

⁶⁴ La crisis se desenvolvió entre el reinado de ambos monarcas, pues Eduardo VII falleció el 10 de mayo de 1910.

⁶⁵ «[...] Entró casi inmediatamente sobre el tema del Presupuesto y los Lores.

Me preguntó si pensaba que estaba dentro de los límites constitucionales al asumir la responsabilidad de aconsejar a los líderes conservadores y, si fuera necesario, presionarlos en este momento.

Le contesté que me parecía perfectamente correcto lo que estaba haciendo y proponiendo, desde el punto de vista constitucional; que la analogía más próxima fue la situación vivida por de Guillermo IV con

su prerrogativa de crear nuevos pares⁶⁶. Desde un punto de vista estrictamente político, tras la crisis, el partido conservador asumió que el riesgo de usar a la Cámara de los Lores como un *arma de guerra parlamentaria* contra sus oponentes podría provocar que la cámara quedara definitivamente vinculada a los intereses de los conservadores o de determinadas clases sociales privilegiadas, con el correspondiente descrédito institucional⁶⁷.

ocasión del *Reform Bill*; en ambos casos el país se ha visto amenazado por una revolución a manos de la Cámara de los Lores.

Dijo que, llegado el caso, no dudaría en ver tanto a Balfour [líder del partido conservador en los Comunes] como a Landsdowne [líder del partido conservador en los Lores] a su regreso a Londres [...]» (traducción propia, Nota del Primer Ministro Asquith acerca de una conversación con Eduardo VI, el 6 de octubre de 1909, sobre la situación creada por la Cámara de los Lores ante el veto al proyecto de ley de presupuestos, en W. C. Costin y J. Steven Watson, *The Law and working of the Constitution*, *op. cit.*, p. 453).

⁶⁶ Lord Knollys (Secretario Privado del Rey), «[...] comenzó diciendo que el Rey había llegado a la conclusión de que no estaría justificado crear nuevos pares (digamos 300) hasta después de unas segundas elecciones generales [...] El Rey considera la política del Gobierno como equivalente a la destrucción de la Cámara de los Lores.

[...] Si el plan para lidiar con el Veto sigue las líneas generales de las resoluciones de la Cámara de los Comunes junto con un Parlamento más corto (el Rey prefiere cuatro años a cinco), el Rey estaría de acuerdo, aunque aparentemente aún dudaría en crear Pares... su objeción a la creación de Pares se vería “considerablemente disminuida” si se pudieran crear pares vitalicios [*Life Peers*] [...]

Antes de partir pensé que sería mejor preguntarle a Lord Knollys si el Rey se daba cuenta de que en las próximas elecciones generales toda la cuestión de los Lores estaría ante el país, y que los electores sabrían que estaban siendo invitados a pronunciarse [...] sobre los principios generales que estaban involucrados en la política del Gobierno [...] Me quedé con la impresión de que la opinión del Rey aún no está firmemente establecida y que podría ser útil que lo viera algún tiempo antes de las elecciones» (Memorándum para el Primer Ministro de su Secretario Privado Vaughan Nash, 15 de diciembre de 1909, *ibid.*, p. 454).

⁶⁷ *Vid.* Stuar Ball, «The Conservatives in opposition, 1906-79: a comparative analysis», en Mark Garnett y Philip Lynch (eds.), *The Conservatives in crisis*, Manchester University Press, Manchester, 2003, p. 16.

¿DEBE SER IRRETROACTIVA LA JURISPRUDENCIA PENAL DESFAVORABLE? UN DILEMA*

JUAN ANTONIO LASCURAÍN
Catedrático de Derecho Penal

I. Introducción

¿Debe ser irretroactiva la norma penal en sentido desfavorable? El sí, la respuesta afirmativa, es tan obvia en un ordenamiento de legitimación democrática que hasta sorprende la pregunta por lo que tiene de duda. Es un «claro que sí»: la irretroactividad desfavorable de la ley penal es un postulado tan vinculado a la seguridad jurídica y tan esencial al principio de legalidad como este lo es al Estado democrático de Derecho.

Las cosas se complican cuando hacemos la misma pregunta respecto a los cambios jurisprudenciales *in peius*. No cambia el enunciado penal sino la forma de entenderlo de los tribunales y ello redundante en que haya pena donde no la había o en que la pena sea superior a la que se venía imponiendo. Los ejemplos aquí son muchos, y los hay intuitivamente más simpáticos o antipáticos hacia la tesis de que tal cosa la pueden hacer los tribunales, y esto puede nublar nuestro pensamiento sistemático.

La bupremorfina fue inicialmente calificada como una droga «blanda», que no causa grave daño a la salud, pero ello cambió jurisprudencialmente en los años noventa y pasó a considerarse como droga dura, como droga que sí tiene aquellos efectos¹. La pena de prisión pasaba del marco de 4 meses y 1 día a 4 años y 2 meses al marco de 2 años, 4 meses y un día a 8 años². Ninguna broma. ¿Tiene razón (razón constitucional) el condenado a la pena más grave en que tenía una legítima confianza en que el delito que cometía era más leve? ¿O más bien la tiene el juez que entiende que la nueva interpretación es una lectura más razonable del enunciado penal y en tal sentido tan e incluso más previsible que la primera?

* El presente trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación PID2021-124370NB-I00 (IP: M. Ahumada) titulado «La evolución del Tribunal Constitucional y la construcción de su identidad institucional» (EVOLTC).

¹ La STS 2788/1992, de 24 de diciembre, consideraba que no causaba grave daño a la salud (FJ 4). Esta calificación cambió en la STS 1817/1993, de 14 de julio. Lo mismo pasó con el éxtasis (Metil-MDMA), que pasó a considerarse como causante de grave daño a la salud en las SSTs de 4 de mayo de 1988, de 24 de julio de 1991 (rec. 4672/1989) y de 23 de octubre de 1991 (rec. 1377/1990). Al respecto, Caty Vidales Rodríguez, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 119.

² En concreto, el artículo 344 del Código Penal de 1973 decía en el momento de los hechos que los autores del delito «serán castigados con la pena de prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de un millón a 100 millones de pesetas si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa de 500.000 a 50 millones de pesetas en los demás casos». Con la regulación actual la pena pasaría de ser de uno a tres años de prisión a otra de tres a seis años de prisión (art. 368 CP).

Entenderemos mejor al juez en el conocido ejemplo de la violación matrimonial en el Reino Unido, que dio lugar a la STEDH C. R. contra el Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995, que denegó el amparo europeo al recurrente que invocaba que hasta su condena se venía entendiendo que tal agresión sexual era impune³. Los ejemplos podrían multiplicarse. Menciono dos más. El primero, por su influencia en la pena: en un momento dado la jurisprudencia entendió que la acción única que causa varias muertes con dolo eventual no debe ser tratada como un concurso ideal de delitos sino como un concurso real; si fueran homicidios del tipo básico del artículo 138 (si fueran asesinatos, se aplicaría la regla concursal específica del artículo 140.2 CP que nos lleva a la prisión permanente revisable), la pena pasaría de ser de doce años y medio a quince años (pena más alta en su mitad superior) a una pena de veinte años (suma de las penas con el límite previsto en el artículo 76.1.a)⁴. El segundo ejemplo desató una viva polémica en la Alemania de los noventa, cuando el Supremo decidió bajar el índice de alcoholemia que reflejaba una incapacidad absoluta para conducir (de 1,3 gr/litro a 1,1 gr/litro)⁵.

Como tantas veces en Derecho penal las preguntas son en realidad dos, aquí bien imbricadas. La primera es dogmática, *de lege lata*: ¿impide nuestro ordenamiento la retroactividad jurisprudencial desfavorable? La segunda es política, de política criminal y política constitucional: ¿debería impedir nuestro ordenamiento la retroactividad jurisprudencial desfavorable? Están tan interrelacionadas porque no hay una declaración constitucional expresa al respecto, como sí la hay para «las disposiciones sancionadoras no favorables» (art. 9.3), para la «legislación» que establezca «delitos, faltas o infracciones administrativas» (art. 25.1). Habrá que interpretar ese texto tan abstracto que es la Constitución y en esa interpretación de lo que es pesará no poco lo que debe ser a la luz de los valores y principios constitucionales. Ojo, sin embargo: esta ausencia de mención constitucional expresa suscita el interrogante de si estamos ante una cuestión constitucional (hay una decisión *ex Constitutione* al respecto) o si la decisión sobre la retroactividad de la jurisprudencia desfavorable queda en las manos ponderativas del legislador o de los propios tribunales.

En la búsqueda de caminos para las respuestas a estas preguntas tenemos dos tentaciones: las de pensar que dependen de cómo entendamos el papel del juez en relación

³ Vid. Juan Antonio Lascaraín Sánchez, «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», en *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Mercedes Pérez Manzano y Juan Antonio Lascaraín Sánchez (dirs.), Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 145.

⁴ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2015. Para el dolo directo ya se había apreciado la solución el concurso real en la STS 861/1997, de 11 junio.

⁵ Vid. las referencias concretas en Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte general*, I, Civitas, 1997, pp. 165 y s. (§ 5/59). Ya antes, en los años sesenta, se había dado la misma polémica con la bajada del índice de 1,5 gr/litro a 1,3 gr/litro (v. las referencias concretas en Francisco Madrid Conesa, *El principio e irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales favorables al reo*, Universidad de Valencia, Valencia, 1982, pp. 9 y ss.). Francisco Madrid Conesa aporta los ejemplos de las doctrinas jurisprudenciales de los delitos continuado y masa (p. 8). Caty Vidales Rodríguez señala que la cláusula absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales pasó a interpretarse restrictivamente para excluir a los cónyuges separados y sin convivencia (STS 1463/1992, de 22 de junio) (cit., n. 1, p. 141, n. 274). Más casos en Mariona Llobet Anglís, «Jurisprudencia penal desfavorable y retroactividad: razones para su prohibición», en el *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, núm. 28, 2024, pp. 254 y ss.

con las normas o de lo que diga el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El primer atajo no nos vale, como tendré ocasión de exponer después⁶. La manera de orientar la respuesta a partir de los valores constitucionales es la correcta y no la de cómo entendamos teóricamente el rol del juez: si el de declarar el verdadero significado de la norma o el de atribuir significado «a una fórmula significativamente inerte», de modo que en realidad «la norma en sentido estricto es el producto de la interpretación, nace con ella»⁷.

La segunda vía es desde luego productiva. Es evidente que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es determinante para contestar a una de nuestras dos preguntas, la relativa al ser de nuestro Derecho Penal. Si, como parece, el Tribunal prohíbe, al menos en cierta medida, la retroactividad desfavorable de la jurisprudencia como contenido del derecho fundamental a la legalidad penal, esa comprensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos permeará la comprensión del artículo 25.1 CE, pues así lo prevé la propia Constitución (art. 10.2 CE).

Si al final la cuestión se centra en el deber ser, para luego recalar en el ser, nos tendremos que plantear entonces que es lo mejor para nuestro ordenamiento, si que la jurisprudencia penal desfavorable sea retroactiva o no. Y la siguiente cereza de la reflexión será, claro, la de qué significa «mejor» en este contexto: ¿cuál es la vara de medir?

Se trata de la opción constitucionalmente mejor. Será mejor la que nos haga ganar más en términos de valores y bienes constitucionales. Las normas penales — las normas que rigen la vigencia temporal de las normas que describen delitos y prevén penas son normas penales⁸— deben ser evaluadas con ese baremo en dos sentidos. Son buenas si protegen bienes constitucionales. Las normas que tipifican la agresión sexual, por ejemplo, son buenas si protegen la libertad sexual. Convengamos en llamar «eficacia» a esta primera forma de medir. La segunda repara en que el Estado juega con fuego (con la cárcel) cuando crea, interpreta y aplica normas penales, por lo que todas esas actividades deben sujetarse a determinados principios básicos si no queremos que sea peor el remedio que la enfermedad. Llamemos a esto «eficiencia». A las nuevas normas que regulan los delitos sexuales se les ha achacado, por seguir con el ejemplo, que no son buenas porque vulneran el principio de proporcionalidad (porque una definición restrictiva del consentimiento sexual puede llevar a penar relaciones consentidas) o el principio de presunción de inocencia (si la exigencia de consentimiento claro, activo y expreso es una presunción de que no concurre en otros supuestos)⁹. En sus contenidos esenciales los principios actúan como

⁶ Vid. *infra* V.

⁷ Francisco Laporta San Miguel, «La doctrina Parot y la teoría del Derecho», en *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, cit., n. 3, p. 337.

⁸ Vid. Juan Antonio Lascuraín Sánchez, *Solo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 52.

⁹ Vid. Juan Antonio Lascuraín Sánchez, «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, José R. Agustina (coord.), Atelier, Barcelona, 2023, pp. 55 y ss. El segundo inciso del artículo 178.1 CP dice: «Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona».

cartas de triunfo: tal contenido no puede ser menoscabado por razones ponderativas de eficacia, salvo que colidan contenidos esenciales de principios, lo que equivale a dos cartas de triunfo sobre el tapete de juego.

Hasta aquí el extenso planteamiento del problema jurídico que abordo y cuyo objetivo principal es sumarme al homenaje a Javier Jiménez Campo. Es una cuestión tan de Derecho penal como de Derecho constitucional y es una cuestión debatida y compleja, como tantas a las que hube de enfrentarme como letrado del Tribunal Constitucional. Para ello tuve siempre el apoyo amable, la palabra precisa y el consejo sabio de Javier, en la seguridad de que tenía los valores constitucionales y la jurisprudencia constitucional en su cabeza. Sirvan estas reflexiones de modesto tributo a su generosa labor en el Tribunal Constitucional y a tan valiosas aportaciones a su jurisprudencia.

II. La tesis de la retroactividad peyorativa

La estrategia clásica en nuestro ordenamiento es la de la retroactividad jurisprudencial desfavorable. Clásica en cuanto que pertenece a la tradición jurídica continental; clásica en cuanto que responde a lo que venían haciendo nuestros tribunales antes de la STEDH Del Río Prada¹⁰, con el aval del Tribunal Constitucional, incluido para este supuesto de la denominada doctrina Parot¹¹.

Es importante destacar los dos presupuestos básicos de este modelo. El primero es que un mismo enunciado admite al menos dos lecturas razonables y que lo que sucede es que para el enjuiciamiento de un determinado caso se elige como más adecuada la que es peor para el acusado frente a lo que se venía haciendo hasta ese momento. Si esta segunda interpretación desfavorable para el condenado no es razonable (semántica, axiológica y metodológicamente razonable, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹²) no hay problema, o, *rectius*, el problema se soluciona por otra vía: la decisión debe

¹⁰ STEDH de 21 de octubre de 2013. *Vid.* Susana Huerta Tocildo, «La anulación de la doctrina Parot por STEDH de 21 de octubre de 2013: mucho ruido para un fallo jurídicamente cantado», en *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, cit., n. 3, pp. 265 y ss.; Jorge Correcher Mira, *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 586 y ss.; Daniel Rodríguez Horcajo, «Nulla poena sine lege y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as. Del Río Prada c. España (21-10-2013)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. LXVI, 2013, p. 282.

¹¹ STC 39/2012, de 29 de mayo. Una relación y descripción completa de las sentencias que resolvieron los recursos de amparo contra la denominada «doctrina Parot» se encuentra en Teresa Rodríguez Montañés, «Ascenso y caída de la doctrina Parot: tutela multinivel de los derechos a la legalidad y a la libertad», en *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, cit., n. 3, pp. 297 y ss. *Vid.*, también, Rafael Alcácer Guirao, «La “doctrina Parot” ante Estrasburgo: Del Río Prada c. España (STEDH 10-7-2012, núm. 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 43, 2012, pp. 933 y s.; Daniel Rodríguez Horcajo, cit., n. 10, pp. 258 y ss.

¹² Desde la STC 137/1997, de 21 de julio: «no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones

ser anulada por vulneración de otra de las manifestaciones del principio de legalidad, la vinculación del juez a la ley penal, también conocida como mandato de tipicidad. El segundo presupuesto es el respeto mínimo al mandato de taxatividad del enunciado penal. Sus posibilidades de interpretación han de ser limitadas y cognoscibles, so pena de nuevo de nulidad constitucional previa a la de una supuesta inconstitucionalidad por retroactividad desfavorable. Y es que las cuatro manifestaciones básicas del principio de legalidad¹³ deben analizarse en su orden lógico: ley, precisión, vinculación judicial, irretroactividad desfavorable. Solo llegamos a plantearnos si se respetó el postulado de aplicación irretroactiva si se aplicó una ley suficientemente taxativa.

Puede pensarse que hacer así las cosas, aplicando al caso la nueva interpretación desfavorable que el tribunal considera mejor, es más correcto en el primer sentido de más justo en cuanto más eficaz. Y esto no es baladí, que el Derecho penal se dedica a la protección de los bienes individuales y sociales más importantes. Si toleramos la retroactividad jurisprudencial desfavorable, podremos castigar la violación matrimonial, frente a la injusta impunidad anterior; o penar con la severidad adecuada (como concurso real de delitos y no ideal) a quien arroja una granada y mata a varias personas; o castigar con rigor la venta de una droga cuyos efectos en la salud deben ser considerados graves.

La pega de este modo de administrar la justicia penal es la seguridad jurídica. El condenado invocará que él confiaba en que la interpretación del precepto sería otra y que esa confianza se sustentaba razonablemente en que esa era la manera en la que venían actuando los jueces. «Me parece muy bien que ahora consideren que conductas como la mía sean punibles o más punibles, pero yo no lo sabía ni podía preverlo. Apliquen esa manera de leer el precepto penal a partir de ahora». Repárese en que esta objeción lo es principal, de eficiencia. La retroactividad jurisprudencial desfavorable sería una forma de retroactividad penal desfavorable contraria al principio de legalidad y al valor fundamental de la seguridad que este principio tratar de preservar.

La réplica desde las filas *retroactivistas* es que la merma de seguridad jurídica no es tan relevante y que tiene además un remedio final. Para lo primero, para la relativización del daño a la seguridad, se dice que esta seguridad jurídica la garantiza nuestro sistema con la exigencia de que las interpretaciones de los enunciados penales sean previsibles en cuanto razonables. La nueva lectura más dura del precepto era una posibilidad con la que tenía que contar el ciudadano; de hecho, es la que ahora el tribunal que la realiza la afirma como más razonable. Esto es suficiente para preservar su seguridad, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo que el artículo 7 exigiría es que la ley sea suficientemente clara en la mayoría de los casos, de modo que sus destinatarios puedan saber que corren un riesgo real de incriminación. Es lo que se conoce en el mundo anglosajón como la doctrina del *thin ice*: se trata de avisar a los patinadores de que el lago de hielo puede quebrar¹⁴. Es más: como ha destacado Gar-

esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios» (FJ 7).

¹³ Vid. Juan Antonio Lascuraín Sánchez, *Principios penales democráticos*, Iustel, Madrid, 2021, pp. 43 y ss.

¹⁴ Vid. Cian C. Murphy, «The principle of legality in Criminal Law under the ECHR», *European Human Law Review*, núm. 2, 2010 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1513623), pp. 9 y ss.

cía Amado, si rige la regla de que la jurisprudencia desfavorable puede ser retroactiva, el ciudadano puede saber que su conducta puede ser analizada y subsumida desde interpretaciones desfavorables alternativas a la que los tribunales están realizando¹⁵.

Y luego está el lenitivo a la posible inseguridad remanente: si el acusado actuó en la creencia errónea de que no cometía un delito, su error, de prohibición (creía por ejemplo que la violación matrimonial no era delito) o de tipo (creía que esta sustancia no causaba grave daño a la salud), hará que su culpabilidad sea menor, o inexistente, o lo sea por una conducta más leve.

III. La tesis de la irretroactividad peyorativa

Frente a esta manera de hacer las cosas —de que los jueces y tribunales penales hagan las cosas—, que es para nosotros la tradicional, existe la alternativa *irretroactivista*, con sólidos partidarios en la doctrina¹⁶ y sobre todo, como veremos, con el apoyo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo que se postula es que la estrategia de la proscripción de la jurisprudencia penal desfavorable conduce a mejores resultados en términos de valores y bienes constitucionales: de eficacia preventiva de las normas penales y de respeto a los principios que rigen su aplicación. Sería mejor que solo se pudieran penar *in peius* las conductas realizadas después de que se haya producido el correspondiente cambio interpretativo y no desde luego en el caso que esté sobre la mesa del tribunal y que es el que inicia el cambio interpretativo. En nuestros ejemplos, el tribunal podría calificar pero no penar por violación, o por tráfico de drogas duras, o por concurso real de delitos.

Detengámonos en el nuevo balance. Las decisiones para el caso no serían las mejores, las más eficaces, y no lo serían ni ellas ni todas las que juzguen conductas realizadas con anterioridad al cambio jurisprudencial. A cambio quedaría totalmente incólume la seguridad jurídico-penal de los ciudadanos, a los que se aseguraría no solo que no serán penados si no lo dice así la ley penal vigente conforme a alguna de sus posibles interpretaciones razonables, sino que no lo serán si su conducta no es subsumible en la ley tal y como la vienen interpretando los tribunales.

Advierte con razón Mariona Llobet Anglís del efecto de desaliento del libre desarrollo de la personalidad que tiene la incertidumbre que genera un sistema de retroactividad jurisprudencial desfavorable (cit., n. 5, p. 17).

¹⁵ Juan Antonio García Amado, «Sobre el principio de legalidad penal y su alcance. De la previsibilidad como componente de la legalidad», en *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, cit., n. 3, p. 329. En esta idea insistió en su momento José Luis Serrano González de Murillo: que con un sistema de retroactividad judicial desfavorable «el sujeto no puede descartar que el sentido de la decisión judicial vaya a ser distinto», que sus «expectativas acerca del contenido de las decisiones jurisprudenciales sean defraudables» («Prohibición de retroactividad y cambios de orientación en la jurisprudencia», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, núm. 11, 1993, pp. 254-255).

¹⁶ Por ejemplo, Winfried Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 324 y ss.; Víctor Ferreres Comella, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 186 y ss.; Guillermo Oliver Calderón, «¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XXIV, 2003, pp. 366 y ss.; Agustín Ruiz Robledo, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 273 y ss.

Anclaje básico de este pesaje de prevención y seguridad es el de que debe minimizarse el déficit de prevención, en cuanto que la sentencia absolutoria que procede al cambio jurisprudencial también es declarativa de este cambio, del grado de lesividad de la conducta: proclama precisamente *urbi et orbe* la pena o la pena más dura «de ahora en adelante». Esta apreciación parece correcta, sin que deba sobrevalorarse el que aquí no haya sangre (pena efectiva) para que entre la letra (para el mensaje preventivo): ni es relevante su menor capacidad disuasoria ni daña los sentimientos de equidad o las actitudes de cooperación condicionada que alimentan aquella¹⁷. En nuestro segundo ejemplo: hasta hoy no se sabía que la violación matrimonial era punible, pero se sabe que lo es a partir de hoy, por mucho que la sentencia sea solo declarativa y en la práctica absolutoria.

Una importante pega a este planteamiento lo es entre principal y sistemática. Con honda raigambre en el invento democrático de la división de poderes, en nuestro sistema los jueces están «sometidos únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1 CE), cosa que supone, siguiendo ahora la LOPJ: que «son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial»; que a los jueces y tribunales les está vedado «corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan»; y que tampoco «podrán los jueces y tribunales [...] dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional» (art. 12). Así, el juez penal se guía por lo que se prueba plenamente como sucedido y por la ley, y en su entendimiento de esta no está vinculado a la hora de hacer justicia al caso por los precedentes propios o de otros órganos judiciales¹⁸. Como con rotundidad afirma la STC 49/1985, de 28 de marzo, «el Juez está sujeto a la Ley y no al precedente y está obligado por mandato constitucional a aplicar aquella, es decir, el sentido de la misma que reconozca como ajustado en el momento de juzgar» (FJ 2).

García Amado ha mostrado con lucidez un inconveniente sistémico adicional de la irretroactividad peyorativa. Por de pronto, que el sistema puede tender a ser penalmente más severo, pues para lo que un juez pretende —que es encontrar para el caso que tiene que enjuiciar la solución más justa entre las legalmente posibles— le resultan más flexibles la interpretaciones más severas (siempre excepcionables para el caso concreto a través de lecturas más benévolas para el acusado: no habría problema principal en calificar de pronto el éxtasis como droga blanda) que las más favorables al reo, que serían inalterables para el concreto caso (no cabría calificar aplicativamente para el caso el éxtasis como droga dura)¹⁹.

¹⁷ Sobre estos fines de la pena, Daniel Rodríguez Horcajo, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 304 y ss.

¹⁸ Al respecto, Francisco Madrid Conesa, cit., n. 5, p. 23; Cary Vidales Rodríguez, cit., n. 1, p. 94.

¹⁹ Juan Antonio García Amado, cit., n. 15, p. 325. Considera además que «[...] [p]uestos a temer efectos perversos, y forzando un tanto el razonamiento o extremando el temor, el legislador puede encontrar ahí un incentivo malévolo para endurecer la ley y cortar de cuajo los efectos de la interpretación favorable cuando tales

No sería descartable además otro efecto nocivo del sistema, que es el de consolidar cierta tendencia del legislador a la indeterminación normativa²⁰. Así, paradójicamente, el sistema de irretroactividad jurisprudencial puede tornar el ordenamiento penal en más inseguro en la medida en la que sirva de red a los tipos penales indeterminados. El legislador puede tender a la vaguedad y a la vaguería si sabe que la inseguridad que genera será remediada por la jurisprudencia; en cambio, la tesis de la retroactividad podría convertir en insoportable, y por ello inviable, la falta de taxatividad.

IV. ¿Qué hacer?

No es fácil decantarse por una u otra manera de hacer las cosas. De ahí lo del dilema del título. Y de ahí que podía haber escrito este artículo en forma de *Rayuela*, para que según el orden de lectura se pueda llegar a dos conclusiones alternativas, a gusto del lector. En esencia, la tesis de la retroactividad desfavorable es la más coherente con la independencia judicial y la tesis de la irretroactividad, con la seguridad jurídica.

Con el baremo que antes precisaba para medir qué es mejor —que es «más constitucional», *sit venia verbo*— me inclino por la tesis de la irretroactividad. La de la retroactividad sería una tesis perfecta si funcionara su presupuesto (taxatividad del enunciado normativo) y su corrector final (el error como atenuante o eximente). Pero no sucede ni lo uno ni lo otro.

El presupuesto es el rigor con el mandato de taxatividad: que el enunciado normativo albergue solo un número limitado y cognoscible de lecturas²¹. Pero eso no siempre es así; *rectius*: no infrecuentemente no es así²². Recuerdo ahora la STS 484/2015, de 7 de septiembre, sobre clubes de cannabis, en la que doloridamente el Pleno se lamentaba de que «hemos de examinar ahora» un tipo penal «de contornos y perfiles poco nítidos, casi desbocados según expresión de algún comentarista» (FD 4). Y subrayo sobre todo la doctrina comprensiblemente deferente del Tribunal Constitucional en relación con el respeto al mandato de determinación del legislador penal²³. Permitimos al legislador penal una imprecisión poco soportable porque precisamente la jurisprudencia la hace soportable, porque la concreción del enunciado es «razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia» (STC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1), entre los que tendrá singular importancia «el contexto legal y jurisprudencial» (STC 89/1993, de 15 de abril, FJ 2). Entonces, como con lucidez ha expuesto Ferreres

efectos le desagraden o políticamente no le convengan. También por ese lado puede ser dañinamente acortada la autonomía de los jueces, como autonomía o discrecionalidad interpretativa» (pp. 325 y s.).

²⁰ Así, Caty Vidales Rodríguez, cit., n. 1, p. 122; Octavio García Pérez, «El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia», *Indret*, núm. 4, 29018, p. 39.

²¹ Al respecto, Francisco Madrid Conesa, cit., n. 5, pp. 30 y ss. Que, en palabras de José Luis Serrano González de Murillo, al juez solo le quede «un ámbito muy reducido de libertad interpretativa, a diferencia de lo que ocurre con el legislador, que posee un margen de libertad muchísimo más amplio» cit., n. 15, pp. 250 y s.).

²² Al respecto, Caty Vidales Rodríguez, cit., n. 1, p. 166.

²³ *Vid.* Juan Antonio Lascaraín Sánchez, cit., n. 8, pp. 93 y ss.; Octavio García Pérez, cit., n. 20, pp. 39 y 40.

Comella, no cabe duda de que la irretroactividad jurisprudencial desfavorable sirve a un valor tan fundamental como el de la seguridad jurídica y se acomoda a la tolerancia de la jurisprudencia constitucional para con los tipos penales imprecisos en virtud precisamente de su clarificación jurisprudencial. Tiene toda la razón cuando apunta que «en la medida en que Tribunales Constitucionales flexibilizan el principio de taxatividad, apelando a la jurisprudencia para concretar los términos imprecisos de la ley, es incoherente sostener luego que los cambios jurisprudenciales se pueden aplicar retroactivamente con el argumento de que el ciudadano sólo está sujeto a la ley. Ante la queja de que la ley es imprecisa, el Tribunal Constitucional remite a la jurisprudencia. Luego, ante la queja de que se ha aplicado retroactivamente un cambio jurisprudencial desfavorable, ¿se le puede decir al ciudadano que sólo la ley es relevante? ¿En qué quedamos?»²⁴.

El daño a la seguridad jurídica no provendría solo de tales enunciados abiertos, sino de la confianza que razonablemente suscita una interpretación del tipo penal muy estable y muy prolongada en el tiempo. Es el caso Parot, al que luego me referiré²⁵. Dicho ahora con Hassemer, «se observan situaciones en las que la comunidad jurídica tiene un conocimiento mayor del contenido de la jurisprudencia penal que del contenido de la ley penal y confía también en la situación de la jurisprudencia»²⁶.

Y para estos casos de lesión grave de la seguridad jurídica no viene siempre al rescate el recurso al error²⁷. Este nos valdría para el caso de la violación matrimonial. El socorro sería excesivo si para el caso de las drogas lleva a la impunidad: el delito realmente cometido (drogas duras) lo fue con error de tipo. Quizás esta consecuencia la podríamos salvar por vía interpretativa, como error sobre una circunstancia agravante, pero en todo caso no hay remedio por la vía del error a la inseguridad padecida en el caso Parot o en el caso del concurso ideal que se vuelve real.

En esta tesitura creo preferible blindar la seguridad jurídica respecto a la pena, respecto a la libertad, porque pertenece al corazón de las garantías constitucionales. La independencia judicial no es reconducible al contenido de un derecho fundamental (porque sirve en este caso para aumentar la pena) y no queda tanto vulnerada como matizada con el sometimiento del juez al ordenamiento, a la ley entendida y aplicada en un sistema constitucional²⁸.

La interdicción de la retroactividad de la jurisprudencia desfavorable tiene problemas aplicativos, de determinación de la regla. Mientras que la aplicación retroactiva de la ley está clara porque está claro su momento de entrada en vigor, no existe una cla-

²⁴ Vid. Víctor Ferreres Comella, cit., n. 16, p. 199. En el mismo sentido, Guillermo Oliver Calderón, cit., n. 16, p. 367; Rafael Alcácer Guirao, cit., n. 11, pp. 945; Jorge Correcher Mira, cit., n. 10, p. 421. Víctor Ferreres Comella añade que la irretroactividad sirve a la imparcialidad pues garantiza que el cambio no se produce para perjudicar al acusado sino para asentar una nueva regla más ajustada a Derecho (p. 195).

²⁵ Vid. *infra* número 14.

²⁶ Winfried Hassemer, cit., n. 16, p. 325.

²⁷ Así, Cary Vidales Rodríguez, cit., n. 1, p. 169; Guillermo Oliver Calderón, cit., n. 16, p. 368 y s.; Mariona Llobet Anglís, cit., n. 5, pp. 271 y ss., quien añade que en todo caso la vía del error presupone que se cometió un hecho antijurídico.

²⁸ Vid., al respecto, Octavio García Pérez, cit., n. 20, p. 36.

ridad paralela en relación con una desviación de una línea interpretativa que generaba expectativas de continuidad por su estabilidad²⁹. ¿En qué consiste esa jurisprudencia estable?³⁰ En los sistemas como el nuestro en los que existe un órgano superior de unificación de doctrina parece por de pronto que solo cabe reparar en su jurisprudencia, y no en la de tribunales inferiores³¹. La cuestión es cuándo cabe afirmar que la manera de interpretar existe en cuanto estable, cosa que solo quedará clara si así lo afirma expresamente aquel órgano judicial, como hace nuestra Sala de lo Penal con sus Acuerdos de Pleno, que tienen normalmente la vocación de estabilizar pro futuro una línea que hasta entonces se discute. En los demás casos cabe preguntarse qué configura la estabilidad que debe ser asegurada: cuánto tiempo y reiteración exige y cuánta disidencia es capaz de soportar.

Quiere también remarcarse con lo anterior que la irretroactividad de la jurisprudencia desfavorable es en realidad una excepción a un sistema en el que el juez, en su independencia, puede decidir para el caso la lectura legal que estime más justa, aunque no sea la más favorable para el reo. Y es una excepción por razones de seguridad jurídica: solo cuando esa decisión, aunque razonable, resulte imprevisible por la solidez incontrovertida de las interpretaciones y aplicaciones previas³². Y por lo tanto, con Estrasburgo: sí, existen interpretaciones imprevisibles aunque razonables de los enunciados penales.

V. ¿Depende la respuesta del rol del juez?

La respuesta al dilema que abordo, el de si cabe la retroactividad jurisprudencial peyorativa, no depende sin más, creo, de la concepción de la labor judicial de interpretación como «cognitiva-decisoria», como halladora del verdadero significado de una norma vigente ya en vigor, o como la de una especie de legislador sucesivo. Es verdad que, si se va a sostener tal retroactividad, simpatiza más con la idea de seguridad la comprensión de la labor del juez que interpreta *ex novo* y aplica *in peius* una norma penal como una labor de lectura más razonable de lo que ya estaba en el enunciado penal, que estaba hasta ese momento siendo mal comprendida.

Puede entenderse, en cambio, como señalaba, que el juez es más bien un normador sucesivo a partir de los parámetros —se supone que «taxativos»— que le marca el primer normador, el legislador, único legitimado para tal tarea. Quienes entienden que el juez es el configurador final de la norma tenderán a sostener que esa labor debe rodearse de

²⁹ Vid. Juan Antonio García Amado, cit., n. 15, p. 325.

³⁰ Sobre esta cuestión, Francisco Madrid Conesa, cit., n. 5, pp. 16 y s. Mariona Llobet Anglès desglosa los distintos parámetros de los que se sirve el TEDH para analizar la previsibilidad: antecedentes, naturaleza grave de los hechos cometidos desde la perspectiva de la dignidad, inexistencia de tendencias interpretativas alternativas (cit., n. 5, pp. 265 y ss.).

³¹ Salvo que en una determinada cuestión resulte improbablemente que solo haya jurisprudencia menor.

³² Sobre la cuestión de cuándo tal cosa se produce, *vid.* Guillermo Oliver Calderón, cit., n. 16, pp. 374 y s.

los límites constitucionales propios de la legislación penal, entre los que está destacadamente la irretroactividad desfavorable por razones elementales de seguridad.

No creo, sin embargo, que esta segunda comprensión de la interpretación judicial aboque a la irretroactividad desfavorable de la jurisprudencia³³. Repárese en que incluso desde tal visión debería admitirse que la Constitución distingue, y que lo hace expresamente para vedar la irretroactividad desfavorable en lo que desde esa perspectiva sería la primera fase normativa. Aunque haya dos normadores, si partimos de que el primero marca estrechos límites al segundo y demarca el contenido esencial de la conducta delictiva, y de que el segundo está obligado a seguirlos, podríamos concluir que la justicia exige la mejor norma final para el caso y que su generación era previsible para el acusado a partir de lo que ya decía la norma inicial. Incluso con dos normadores sucesivos —y relacionados de cierta manera— podríamos sostener que la irretroactividad desfavorable limita solo constitucionalmente al segundo.

VI. Conclusión, de la mano del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el caso *Del Río Prada*, sobre la doctrina *Parot* que entendía que la reducción de pena por trabajos debía computarse sobre la pena inicial y no, como se venía interpretando, sobre la pena final de cumplimiento (30 años en los casos más graves)³⁴, el Tribunal Constitucional entendió tajantemente que los cambios de criterio jurisprudencial y su conformidad con la Constitución no podrían ser analizados desde la perspectiva de la vulneración del derecho a la legalidad penal, sino desde la perspectiva «del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE)», del «voluntarismo selectivo» o del «apartamiento inmotivado del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional cuyas resoluciones se impugnan, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa según nuestra jurisprudencia» (STC 40/2012, de 29 de marzo, FJ 6)³⁵.

Vino después el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y entendió que lo trascendente para el análisis del respeto al principio de legalidad es «si la nueva interpretación era razonablemente previsible para la demandante», y que para ello había que tener en cuenta el modo en el que la norma «había sido aplicada», que en el caso era de otra manera más favorable para ella de manera constante por las autoridades peni-

³³ Y tampoco que exista una relación unívoca entre retroactividad y consideración del juez como conocedor del verdadero significado del enunciado penal. La comprensión errónea anterior ha podido suscitar por su estabilidad una confianza razonable en los ciudadanos que debe ser amparada por la irretroactividad de la nueva interpretación desfavorable, por razones de seguridad jurídica.

³⁴ *Vid.* Rafael Alcácer Guirao, cit., n. 11, pp. 931 y ss.; Teresa Rodríguez Montañés, cit., n. 11, pp. 291 y ss.; Octavio García Pérez, cit., n. 20, pp. 17 y ss.; Daniel Rodríguez Horcajo, cit., n. 10, pp. 253 y ss. Una descripción detallada del iter judicial del caso *Parot* puede encontrarse en María Luisa Cuerda Arnau, «Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (a propósito de la STEDH *Del Río Prada* c. España)», *Revista Penal*, núm. 31, 2013, pp. 55 y ss.

³⁵ Muy crítica con esta reducción de la cuestión constitucional a la perspectiva de la igualdad, lo que supondría una «trampa conceptual», María Luisa Cuerda Arnau (cit., n. 34, p. 63).

tenciarias o judiciales a lo largo de numerosos años (STEDH 21.10.13, § 115) y sin que «nada indicara la existencia de una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia» que fuera en el sentido de la nueva interpretación (§ 117)³⁶.

Del razonamiento del TEDH deseo llamar la atención sobre tres cosas. La primera es el momento de la previsibilidad de la pena para los sujetos, que, creo que erróneamente, no lo sitúa en el momento de la comisión del delito, que es lo que exige la seguridad jurídica, sino en el del «dictado de las condenas» y en el «de la notificación de la resolución de acumulación y límite máximo» (§ 117). El segundo subrayado hace al criterio de previsibilidad de la interpretación y aplicación de la norma, que no lo sitúa solo en el más afinado criterio de la razonabilidad de la interpretación en sí, sino también en el de su consolidación histórica. De este modo, como ya se adelantó, podrían darse interpretaciones razonables pero imprevisibles y por ello inaplicables al caso. Y con ello llego al tercer punto que deseo destacar de la sentencia Del Río Prada: que hace, y en realidad impone, lo que aquí he sostenido que debe hacerse: vedar en casos excepcionales la retroactividad jurisprudencial desfavorable por elementales razones de seguridad jurídica³⁷.

Procede ya, después de tanta reflexión, contestar a la pregunta que titula este artículo: ¿es irretroactiva, hoy y en nuestro Derecho, la jurisprudencia penal desfavorable? Sí en el caso de que sea imprevisible la nueva interpretación *in peius*, cosa que no va a afirmarse por su irrazonabilidad —pues esta anularía la interpretación por otra razón: por la falta de vinculación el juez a la ley— sino por su propia novedad y por la estabilidad plena de la interpretación más favorable: por la falta «de una tendencia perceptible al respecto en la jurisprudencia», dicho con Estrasburgo.

Considero que en un sistema bien configurado, asentado sobre enunciados taxativos e interpretaciones razonables, lo propio es un sistema que admita la retroactividad jurisprudencial penal desfavorable. Es más preventivo; es respetuoso con la independencia judicial; no tiene tacha relevante de inseguridad. Lo que sucede es que el primer parámetro es endeble y que al mismo se suma en algunos casos la confianza que suscita en los ciudadanos una manera estable de interpretar los enunciados penales. El sistema de retroactividad debe ser entonces excepcionado en los casos en los que la misma genera una grave inseguridad a partir de una confianza razonable en el devenir de la jurisprudencia. Existen casos en los que la nueva lectura razonable es imprevisible, generándose una inseguridad análoga a la que genera la retroactividad desfavorable del enunciado. Son casos de cambio de una línea jurisprudencial previa; en los que esta era reiterada y estable; y sólida: en los que su modificación no venía anunciada por disensos internos o por cuestionamientos internos.

Preguntado al revés: ¿puede ser retroactiva la jurisprudencia penal desfavorable? Sí, y debe serlo, salvo que el cambio sea imprevisible a la luz de la firmeza y estabilidad de la doctrina previa favorable. Creo que esta es la solución constitucional vigente. Y creo que es una buena solución.

³⁶ Sobre los precedentes de esta jurisprudencia, Rafael Alcácer Guirao, cit., n. 11, pp. 942 y ss.; María Luisa Cuerda Arnau, cit., n. 34, pp. 64 y ss.

³⁷ Sobre la contención de la jurisprudencia de Estrasburgo, *vid.* Daniel Rodríguez Horcajo, cit., n. 10, pp. 285 y ss.

LA REVOCACIÓN DE LICENCIAS Y AUTORIZACIONES Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONADORA DEL ART. 25.1 CE

MIGUEL CASINO

Catedrático de Derecho Administrativo

Proemio

Llegado el momento de rendir merecido homenaje al Prof. Jiménez Campo, mi elección del tema para cumplir con el encargo miró enseguida a los derechos fundamentales, del que él es, como en tanto otros asuntos constitucionales, un verdadero maestro, dicho sea ahora sin el poquito de exageración que tan bien sienta a las cosas del querer, según ya advirtiera Machado. Y, puesto en ese terreno, he elegido parar en el principio de legalidad sancionadora del art. 25.1 CE. Esta parada, aunque caprichosa, como cualquier otra personal, añade, no obstante, en mi caso, la intención de saldar en parte la inmensa deuda que adquirí con él desde mis primeros días hasta el último en el Tribunal Constitucional, y aún después, con las excepcionales, por desacostumbradas, lecciones y enseñanzas que me regaló en cada una de nuestras frecuentes conversaciones, y no siempre precisamente sobre el Derecho y los asuntos del Tribunal. En una de esas charlas, en los primeros días de 2007, el Prof. Jiménez Campo, en su condición de Secretario General del Tribunal, me confió el encargo de asumir la ponencia correspondiente al seminario de Letrados que él había puesto en marcha y que poco después defendería con el título de «El concepto de sanción administrativa en la jurisprudencia constitucional». A aquellas primeras reflexiones debo mucho de mi inclinación, que es ya gusto personal, por las sanciones administrativas. Sirva, pues, esta modesta contribución de pequeña muestra de mi profunda gratitud y admiración personales que, con todas las consecuencias en el carácter de las que hablaba Unamuno, tengo por Javier Jiménez Campo.

I. Observaciones previas

Desde que hace treinta y cinco años, según mis cuentas, el Tribunal Constitucional advirtiera por primera vez que «*sanción administrativa*» es un concepto material y que, por tanto, poco importa al respecto la calificación formal que el legislador o la Administración hayan decidido asignar a una determinada medida o acto administrativo¹,

¹ La STC 239/1988, de 14 de diciembre, advierte efectivamente que la determinación de la naturaleza que mejor conviene a una medida administrativa de gravamen debe hacerse «atendiendo a su verdadera

entre nosotros han corrido literalmente ríos de tinta en forma de opiniones doctrinales y sentencias judiciales.

Esa declaración constitucional es desde luego comprensible y nada tiene de chocante. Pues como es natural y se ha cuidado muy bien de advertir el propio Tribunal Constitucional, en otro caso, si lo decisivo fuera únicamente la correspondiente calificación formal del legislador, la determinación de las sanciones y, en su virtud, la aplicación de las garantías constitucionales de los arts. 24.2 y 25.1 CE que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración quedaría en manos del libre arbitrio del legislador o de la Administración, que podrían burlarlas fácilmente con solo descargar de carácter sancionador a la correspondiente medida administrativa.

Guiados probablemente por esta visión garantista del ciudadano y, por tanto, con el razonable propósito de asegurar la vigencia de las citadas garantías constitucionales, lo mejor de nuestra doctrina administrativista se ha esforzado en devolver al saco de las sanciones administrativas alguna de las medidas con apariencia sancionadora, pero que el legislador administrativo, estatal o autonómico, deliberadamente o de forma involuntaria, ha colocado sin embargo fuera del régimen sancionador. La pérdida de vigencia del permiso de conducir por extinción del crédito de puntos prevista en el art. 71 de la Ley de Tráfico de 2015² y la prohibición temporal de presentar nueva declaración responsable por quien presentó previamente una falsa que establece por su parte el art. 69.4 LPAC³ son dos buenos ejemplos de ese esfuerzo doctrinal.

naturaleza, sin que sea suficiente y decisivo, a tal efecto, el *nomen iuris* utilizado en los correspondientes actos, porque [...] no puede quedar en manos de la Administración la posibilidad de sustraerse a las garantías constitucionales establecidas en relación con el ejercicio de su potestad sancionadora» (FJ 3).

² Tomás Cano Campos, «¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?», *Revista de Administración Pública*, núm. 184, 2011; y Miguel Casino Rubio, «La disputada naturaleza jurídica de la declaración de pérdida de vigencia del permiso de conducción por extinción del saldo de puntos», *Documentación Administrativa*, núm. 284-285, 2009, pp. 253 y ss. También, sobre esta discusión, Manuel Rebollo Puig, «Definición y delimitación de las sanciones administrativas», en *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021*, Manuel Rebollo; Alejandro Huergo; Javier Guillén y Tomás Cano (dirs.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 75, por nota.

³ El art. 69.3 de la Ley del procedimiento administrativo común de 2015 establece que «la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias [la inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial en la correspondiente declaración] podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación». Esta misma previsión figura en la legislación autonómica y municipal más reciente.

Ejemplo de lo primero es la ley citada en el texto 4/2022, de 27 de julio, de racionalización y simplificación administrativa de Extremadura, cuyo art. 18.3 establece en términos prácticamente idénticos, y sin ninguna precisión, la posibilidad igualmente de que la Administración autonómica acuerde por ese motivo «la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley» (sic).

En el ámbito local, algo más precisa es, por ejemplo, la Ordenanza 6/2022, de 26 de abril de licencia, declaraciones responsables urbanísticas del Ayuntamiento de Madrid cuando en su art. 30 b) advierte que «en los casos de incumplimientos esenciales o cuando haya existido reiteración en la presentación de declaraciones ineficaces, se podrá, asimismo, determinar la imposibilidad para presentar ante el Ayuntamiento una nueva declaración responsable con el mismo objeto durante un tiempo determinado entre tres meses y

Como conoce muy bien cualquiera que esté familiarizado con este asunto, el debate se ha extendido también a otras varias medidas que el legislador administrativo sectorial incluye en el correspondiente régimen sancionador, pero que no califica siempre ni expresamente de sanciones. El decomiso o comiso, que tanto da, de los medios e instrumentos utilizados para cometer la infracción o de los beneficios obtenidos con ella⁴; la prohibición temporal para ejercer determinados derechos en relaciones jurídico-administrativas y, en particular, la prohibición de contratar con la Administración o de obtener nuevas subvenciones⁵; y la publicidad de las sanciones⁶ son ahora otros

un año. Para aplicar esta limitación se valorará motivadamente la reiteración o reincidencia en el incumplimiento que dé lugar a la declaración de ineficacia».

Al respecto, Alejandro Huergo Lora, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, p. 321; Francisco López Menudo, «La transposición de la Directiva y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y la comunicación previa», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14 (2010), p. 147; y Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, «La libertad de establecimiento de los prestadores de servicios», en la obra colectiva dirigida por el propio autor *La ordenación de las actividades de servicios: Comentarios a la Ley 29/20009, de 23 de noviembre*, Thomson-Aranzadi, 2010, pp. 279-280; y María del Carmen Nuñez Lozano, «Las declaraciones responsables y las comunicaciones en el Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, Nueva época, núm. 2 (2015). Últimamente, también, Manuel Rebollo Puig, «Definición y delimitación de las sanciones administrativas», cit., se ha sumado a esta lista de autores y defiende que, efectivamente, la previsión del art. 69.4 LPAC «no puede ser más que una sanción» (p. 69 por nota).

⁴ Cfr., Manuel Rebollo Puig, «El contenido de las sanciones», en el número extraordinario de la revista *Justicia Administrativa*, 2001, «Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador», pp. 175 y ss.

⁵ Por ejemplo, entre las leyes estatales más recientes, la prohibición de contratar figura en el art. 65.2 c) de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción; y en el art. 77.1 g) de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales. Por su parte, la prohibición de obtener nuevas subvenciones aparece entre otros muchos en el art. 65.2 b) de la citada Ley 2/2023 y, como sanción accesoria, en el art. 88 b) del Decreto legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón.

⁶ Entre nosotros, Manuel Rebollo Puig y Alejandro Huergo Lora son probablemente los autores que con más firmeza han defendido su naturaleza sancionadora. De modo principal y resumiendo algo las cosas, porque, en su criterio, la función de la publicación de las sanciones es castigar o perjudicar al infractor y es, por tanto, en esa condición, una medida de carácter retributivo o de castigo, y que constituye, según está reconocido doctrinal y jurisprudencialmente y se encargan también de subrayar esos mismos autores, el principal elemento que permite calificar una determinada medida legal de auténtica sanción administrativa, precisamente a pesar y no obstante el silencio de la ley al respecto. Cfr., Manuel Rebollo Puig, «Comentario al art. 36», en *Comentarios a la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuario*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández (dir.), Civitas, Madrid, 1992, pp. 975 y ss.; y también, junto con Manuel Izquierdo Carrasco Carrasco y Antonio M.^a Bueno Armijo, «Infracciones y sanciones», en el volumen colectivo *La defensa de consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, adaptado a las reformas introducidas por las leyes 25/2009 y 29/20009*, Manuel Rebollo Puig y Manuel Izquierdo Carrasco (dirs.), Iustel, Madrid, 2011, pp. 702 y ss.; y Alejandro Huergo Lora, «La publicación del nombre de los infractores como sanción administrativa “(Name and Shame)”», cit., pp. 93 y ss. Una opinión que el propio autor ya antes había defendido en «Publicidad del nombre de los infractores (sanción de)», en *Diccionario de sanciones administrativas*, Blanca Lozano Cutanda (dir.), Iustel, Madrid, 2010, pp. 938 y ss.

tantos testimonios de medidas administrativas de dudosa naturaleza sancionadora que han provocado abundantes comentarios.

Naturalmente, en todo este asunto ha intervenido también la jurisprudencia, con el Tribunal Constitucional a la cabeza, que se ha pronunciado a propósito de la naturaleza sancionadora o no de buena parte de esas mismas y otras medidas administrativas de apariencia sancionadora. La STC 23/2022, de 21 de febrero, dictada a propósito de la publicación en el BOE de las sanciones impuestas por la comisión de infracciones muy graves que hoy establece el art. 304 del Texto Refundido de la Ley del mercado de valores de 2015 (TRLMV), es una de esas últimas decisiones judiciales. En este caso, para declarar que la citada publicación de las sanciones

«[...] no constituye una sanción, sino que se trata de una consecuencia anudada a la imposición de las sanciones graves prevista por la propia ley ahora en su art. 304 TRLMV, y que no tiene *per se* una función punitiva o de castigo. La finalidad primordial de la publicación en el diario oficial del Estado es advertir a los inversores de una actuación que puede afectar al buen funcionamiento del mercado financiero —en particular el abuso del mercado y el uso de información privilegiada—, y garantizar la transparencia y eficacia en la labor de supervisión que lleva a cabo la CNMV; no la de “infligir al infractor un perjuicio”. Por consiguiente, a la resolución por la que se dispone simplemente la publicación dispuesta por el art. 304 TRLMV no le son directa y autónomamente aplicables las garantías de los artículos 24.2 y 25 CE que debe respetar la Administración cuando ejerce la potestad sancionadora» [FJ 2 B) e)].

De todos modos, aunque esta decisión constitucional y, en general, las sentencias de los Tribunales proporcionan un inestimable criterio de solución, la jurisprudencia no cancela ni mucho menos la discusión, que sigue desde luego abierta. Entre otras cuestiones pendientes, deja en el aire qué hacer con la obstinación del legislador que, a despecho de esas mismas declaraciones judiciales o ya antes, ha decidido o decide calificar formalmente este tipo de medidas de verdaderas sanciones, en ocasiones como «*sanciones principales*» y en otras, en su formulación más rebajada de «*sanciones accesorias*». Pues, cuando algo de todo esto sucede, ocurre que el derroche sancionador del legislador tiene muy difícil enmienda.

Primero, porque la Administración no puede prescindir simplemente de esa calificación legal equivocada, aunque sabe de antemano que seguirla sólo le traerá complicaciones. Segundo, porque los infractores no tienen lógicamente ningún interés en corregirla, porque saben también que, con esa calificación en la mano, su arsenal de medios de defensa contra la correspondiente resolución administrativa aumenta notablemente. Y tercero, porque los tribunales, nuevamente con el Tribunal Constitucional a la cabeza, tampoco parecen muy dispuestos a enmendar la plana al legislador cuando incurre en un innecesario derroche sancionador y califica de sanciones medidas que técnicamente no reclaman esa calificación. Al respecto, en efecto, y según he tenido ocasión de advertir en otro lugar, la doctrina constitucional y la jurisprudencia solo

funcionan comúnmente en una única dirección: para devolver al ámbito sancionador medidas que el legislador ha colocado fuera. Pero nunca (o casi nunca) al revés⁷.

Naturalmente este comportamiento es visible también en la doctrina científica que, según antes adelantaba, rara vez combate las declaraciones equivocadas del legislador, limitándose en su caso, pero todo lo más, a anotarlas, pero sin pretender desde luego apurar hasta el final sus consecuencias de régimen jurídico⁸.

De modo que, a fin de cuentas, y por decirlo en términos deliberadamente simples, cuando el legislador anuda a las infracciones una determinada medida que deliberadamente o por error califica de sanción, la jurisprudencia constitucional y ordinaria y la doctrina administrativa, aunque con algunas excepciones y aparte las exageraciones que enseguida veremos, asume generalmente sin mucha preocupación esa declaración legal y ya no se preocupa, o no tanto, en descubrir su acierto no.

En estas condiciones, lo más lógico sería reclamar al legislador administrativo sectorial un mayor rigor técnico en sus decisiones calificadoras para evitar luego complicaciones innecesarias. Desafortunadamente, el moderno legislador administrativo no parece muy dispuesto a seguir el ritmo de la jurisprudencia, ni siquiera constitucional, ni menos aún a fijarse en la doctrina administrativa que ha terciado en este asunto, y sigue, en consecuencia, sus propios impulsos, haciendo gala de un comportamiento realmente desconcertante.

Desde esta perspectiva de técnica legislativa, sucede efectivamente que una misma medida administrativa es calificada por los diferentes legisladores de modo distinto, de manera que lo que para alguno es «sanción principal», para otros es «sanción o simple

⁷ Miguel Casino Rubio, *El concepto constitucional de sanción administrativa*, 2.ª ed., CEPC, Madrid, 2021, pp. 37 y ss. La STC 2/2023, de 6 de febrero, aunque a propósito ahora de las decisiones judiciales, ofrece un reciente y expreso testimonio de este curioso comportamiento constitucional al dar por buena la calificación como sanción administrativa del denominado «billete de pago aplazado» (por importe de 100 euros y a pagar por quienes son sorprendidos viajando en la red de ferrocarriles de la Comunidad valenciana sin título de transporte válido), realizada por los órganos judiciales en el proceso *a quo*, porque lo contrario supondría «una revisión de la calificación jurídica realizada por los tribunales ordinarios y supondría inmiscuirse en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les corresponde en exclusiva (art. 117.3 CE)». Esta declaración es criticada en el voto particular a la citada sentencia.

No comparte completamente esta opinión Manuel Rebollo Puig, «Definición y delimitación de las sanciones administrativas», cit., p. 80, por nota, y para advertirlo alude a la STC 319/1993, de 27 de octubre, que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el art. 19.1.2 a) y concordantes de la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1984, de Reforma Agraria, que autorizaba al Gobierno a «acordar la expropiación del dominio o del uso de una finca como sanción al incumplimiento de la función social de la propiedad de la tierra». En esta ocasión, ciertamente el Tribunal Constitucional declaró que esa medida, doctrinalmente denominada expropiación-sanción, no constituía en rigor ninguna sanción administrativa en sentido estricto. Pero deja igualmente claro que la citada expresión de expropiación-sanción es más una expresión doctrinal que legal y, por tanto, la citada sentencia constitucional no corrige tanto la calificación formal cuanto su interpretación doctrinal.

⁸ Desde esta perspectiva, Manuel Rebollo Puig, «Definición y delimitación de las sanciones administrativas», cit., pp. 80 y ss., subraya el alto valor, casi definitivo, que hay que otorgar a la correspondiente calificación formal del legislador, que solo debe ceder en los supuestos de desviación más groseros para impedir «a voluntad del legislador hurtar las garantías propias de las sanciones [y], a la inversa, que contra la naturaleza de las cosas obligue a considerar sanción lo que no pueda serlo por faltar sus elementos imprescindibles».

medida accesoria» o, en fin, ni una cosa ni otra porque el legislador ha decidido guardar silencio al respecto. Es el caso, por ejemplo, de la publicación de las sanciones que acabamos de ver⁹. Pero también del decomiso¹⁰ o de la prohibición temporal de formular nueva declaración responsable, y que también antes han salido¹¹.

Por añadidura, sucede también, para escándalo ahora de quienes defendemos un concepto mínimo de sanción administrativa, que el legislador incurre en ocasiones en una exagerada manía sancionadora¹². Y para probarlo sirvan los siguientes botones de muestra.

⁹ La publicidad de las sanciones aparece prevista comúnmente en el correspondiente régimen sancionador, pero al margen del catálogo de sanciones. Es el caso, por ejemplo, del art. 44 de la Ley orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte; del art. 65.3 de la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción; o, en fin, del art. 78.5 de la Ley 3/2019, de 2 de julio, de ordenación farmacéutica de Galicia. Sin embargo, en otras ocasiones aparece prevista como sanción accesoria y, en otras, incluso como sanción principal, como es el caso por ejemplo del art. 32.1 Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación; y del art. 194.1 c) del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español Diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales; y, del lado de la legislación autonómica, del art. 50 g) de la Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y actividades recreativas de Cataluña; y en el art. 75 c) de Ley 18/2017, de 1 de agosto, de comercio, servicios y ferias de Cataluña.

¹⁰ El decomiso de los bienes utilizados para cometer la infracción aparece igualmente en muchas leyes administrativas sectoriales del Estado. Por ejemplo, figura como sanción accesoria en el art. 39.2 b) de la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana; y en el art. 77.1 c) de la citada ley 7/2023, de protección de los derechos y el bienestar de los animales. Y como sanción principal, por ejemplo, en el art. 27.3 d) de La Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. Pero es, sin duda, en la legislación autonómica de caza, en donde esta medida aparece más veces y prevista con mayor detalle, generalmente, ahora, al margen del cuadro de sanciones establecido en cada caso previstas. Cfr., por todos, el art. 88 de la ley 4/2021, de 1 de julio, de caza y de gestión sostenible de los recursos cinegéticos de Castilla y León; y el art. 73 de la Ley 12/2006, de 17 de julio, de caza de Cantabria. Por su parte, el decomiso de los beneficios obtenidos con la infracción es una medida que figura como sanción normalizada en la legislación autonómica de ordenación farmacéutica. Es el caso, por ejemplo, del art. 78.6 de la Ley 3/2019, de 2 de julio, de ordenación farmacéutica de Galicia; y del art. 52. 3 de Ley 13/2022, de 21 de diciembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid.

¹¹ Además de las observaciones anotadas *supra* en la nota 3, y que testimonian ejemplos en los que la citada prohibición aparece al margen del régimen sancionador, en otros casos sí figura, en cambio, con ese carácter. Singularmente es el caso, por ejemplo, del art. 36.3 f) de la Ley 10/2017, de 27 de diciembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Galicia, que contempla la citada prohibición como una más de las sanciones a imponer por la comisión de las infracciones muy graves.

¹² Manuel Rebollo Puig, «Definición y delimitación de las sanciones administrativas», cit., pp. 80-81, por nota, se preocupa de anotar algunos ejemplos asimismo llamativos de desviación calificadora. La misma desviación luce igualmente en la operación de tipificación de las infracciones cuando el legislador decide calificar de infracción cualquier tipo de incumplimiento. Es el caso, por ejemplo, del art. 25.4 del vigente Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que tipifica como infracción grave, en el caso de beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, «rechazar una oferta de empleo adecuada». Una infracción que el siguiente art. 47.1 b), castiga con la sanción de «extinción de la prestación». Al respecto, cfr. Miguel Casino Rubio, *El concepto constitucional de sanción administrativa*, cit., p. 134.

La Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, establece en su art. 27.1 que las infracciones en esta materia se sancionarán con multa y también, cuando proceda y en el caso singularmente de las infracciones muy graves y graves, con sanciones no pecuniarias. El siguiente apartado 3 establece por su parte que esas sanciones no pecuniarias podrán consistir, entre otras medidas, en [...] *c*) el resarcimiento de todos los gastos que haya generado la intervención a cuenta del infractor; y [...] *e*) la obligación de restitución del estado de las cosas a la situación previa a la comisión de la infracción.

Esta misma doble sanción no pecuniaria figura, entre otras, y en lo que podido comprobar, en las más modernas Leyes autonómicas 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa de Aragón; y en la Ley 4/2022, de 27 de julio, de racionalización y simplificación administrativa de Extremadura, y que reproducen respectiva y miméticamente *ad pedem litterae* esas mismas previsiones de la citada ley estatal.

De manera que, sorprendentemente, con su decisión, el legislador estatal y algunos legisladores autonómicos, aunque no todos ciertamente¹³, han decidido rectificar centenares de páginas enteras de opiniones doctrinales y decisiones judiciales y calificar expresamente de sanciones principales unas medidas que ni los más ardientes defensores de las tesis más amplias de sanción administrativa se habrían atrevido nunca a proponer, y que, para acabar de complicarlo, tiene efectivamente difícil corrección en la práctica, según antes se ha advertido.

II. El carácter sancionador o no de la revocación de las licencias

En este ambiente enredado, en el que abundan las exageraciones, las ambigüedades y las confusiones, y en el que no todas las medidas resultan ser finalmente lo que a primera vista parecen, el Tribunal Supremo ha dictado en fecha reciente tres sentencias (SSTS núm. 112/2023, de 31 de enero; núm. 286/2023, de 7 de marzo; y núm. 327/2023, de 13 de marzo) sobre la naturaleza sancionadora o no de la revocación de las autorizaciones o licencias, que es otro de los principales caballos de batalla en todo este asunto de las sanciones administrativas, y que por eso mismo interesa ahora anotar.

Antes de verlas con algo más de razón, importa advertir que estas tres sentencias no contienen en realidad declaraciones particularmente novedosas. Se limitan, de hecho, a recoger el testigo de la STS de 8 de octubre de 2001, a la que ahora siguen fielmente, y cuyo razonamiento, por otra parte, ya había sido a su vez anunciado en la STS de 7 de marzo de 2000 y asumido igualmente en otras posteriores, según lo testimonian las SSTS de 19 de enero de 2005 y de 21 de diciembre de 2006. De modo que el interés

¹³ Por ejemplo, el art. de la Ley 18/2020, de 28 de diciembre de 2020, de facilitación de la actividad económica de Cataluña, establece igualmente en su art. 48.2 que las infracciones graves y las muy graves podrán sancionarse asimismo con sanciones no pecuniarias, pero a diferencia de los ejemplos anotados en el texto, precisa ahora con bastante mejor criterio que ese tipo de sanciones no pecuniarias podrá consistir únicamente en: *a*) la suspensión temporal o definitiva de la actividad en el establecimiento; y *b*) la imposibilidad de comunicar o declarar el inicio de la actividad objeto de la sanción, en el mismo establecimiento, durante un período máximo de dos años.

de estas sentencias de 2023 está en la tesis que confirman y que, en lo que conozco, había pasado prácticamente inadvertida, también para el propio Tribunal Supremo, y que ahora, casi veinte años después, ha decidido recuperar. Y, sobre todo, estas sentencias son interesantes por los interrogantes que dejan sin respuesta y que tienen una apariencia inquietante, como más adelante podrá comprobarse.

El supuesto enjuiciado en los tres casos es el mismo, por lo que bastará con recordar ahora lo principal del primero de ellos.

Con motivo del correspondiente expediente sancionador, el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria dictó resolución imponiendo al interesado una multa de 4.601 euros y la pérdida de validez y revocación de la licencia municipal de taxi como responsable de la infracción del art. 104.4 de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de ordenación de transportes por carretera de Canarias, que tipifica como infracción muy grave «la cesión o autorización, expresa o tácita, de títulos habilitantes por parte de sus titulares a favor de otras personas». Esta infracción, con arreglo al siguiente art. 108 i) de la Ley, está sancionada con multa de 4601 a 6000 euros, y, de conformidad con el art. 109.2, sobre «*medidas accesorias*», «llevará aneja [...] la pérdida de validez de cuantas autorizaciones, licencias [...] fuese titular el transportista a cuyo nombre fue expedida por la Administración».

Más de tres años después de haberse dictado esa resolución sancionadora, sin que nada hubiera hecho entretanto el Ayuntamiento para lograr su ejecución, el taxista sancionado solicitó el archivo de las actuaciones por prescripción de la sanción. Y, más tarde, contra la denegación de esta solicitud, interpuso recurso contencioso-administrativo. En primera instancia, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo estimó el recurso y, apreciando la prescripción denunciada, anuló la resolución impugnada. Contra esta decisión, el Ayuntamiento interpuso recurso de apelación.

La Sala del TSJ de Canarias, por sentencia núm. 175/2021, de 12 de mayo, con estimación parcial del recurso, concluyó que efectivamente la sanción de multa no podía ser ya ejecutada al haber prescrito, pero que no sucedía lo mismo, sin embargo, con la pérdida de validez y revocación de la licencia municipal de taxi. Sencillamente porque esta medida «no es propiamente una sanción» y, por tanto, a ella no le resulta aplicable el plazo de prescripción de las sanciones. Para formular esta última conclusión la sentencia da un largo rodeo por su propia jurisprudencia, deteniéndose singularmente en su sentencia anterior de 21 de marzo de 2019, que reproduce.

Según entonces precisara esta última sentencia, la Sala del TSJ de Canarias comienza advirtiendo en la resolución impugnada un doble contenido: de un lado, la imposición de la sanción de multa; y, por otro, la revocación de la licencia. Apurando este planteamiento, la sentencia remitida, sirviéndose a su vez de la citada STS de 8 de octubre de 2001, se interroga sobre si esa revocación es realmente una sanción administrativa y, en esa condición, sujeta a los plazos de prescripción de las sanciones.

Aunque a partir de ahí el hilo del discurso de la sentencia se enreda un poco, por culpa de las dobles remisiones que contiene, la sentencia de apelación asume en cualquier caso las declaraciones del Tribunal Supremo y, en consecuencia, subraya «la distinción entre autorizaciones por operación y autorizaciones de funcionamiento que, como [es el caso] del taxi, se refieren al desarrollo de una actividad, [y que] responden

al esquema de los actos-condición». De manera que, como también está dicho en la repetida STS de 8 de octubre de 2001, la sentencia declara que:

«La revocación del título administrativo habilitante aparece, en consecuencia, como una condición resolutoria incorporada al mismo; de tal manera que, en caso de verificarse el presupuesto de la condición consistente en el incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del sujeto titular de la autorización, sobreviene la consecuencia jurídica de la extinción del acto administrativo por el que se otorgó el título.

La diferenciación de la revocación de la sanción adquiere así una gran relevancia, pues se traduce en la aplicación del correspondiente régimen jurídico. En el caso de la sanción: la sujeción al principio de legalidad en la descripción de las acciones y omisiones reprochables, seguimiento de un cauce específico para la imposición de las sanciones (procedimiento sancionador), subjetivación de la responsabilidad, en la medida en que se exige dolo o culpa, y aplicación de un régimen concreto de prescripción. Mientras que, en el caso de la revocación, por incumplimiento de obligaciones esenciales, del título administrativo, basta el acto declarativo que aprecie adecuadamente dicho incumplimiento después de un procedimiento que permita la defensa del titular a través del correspondiente trámite de audiencia»

Contra esta sentencia de apelación, el taxista sancionado preparó y más tarde interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo que, por Auto de 31 de mayo de 2022, acordó admitirlo precisando que el interés casacional del recurso consistía en determinar «si son aplicables los principios y garantías propios de procedimiento administrativo sancionador a la revocación de una licencia de autotaxi»; lo que naturalmente obligaba a comprobar antes si esa revocación es un acto sancionador o no¹⁴.

La respuesta final ha llegado con la citada STS núm. 112/2023, de 31 de enero, y a la que luego simplemente ha seguido las posteriores SSTs núm. 286/2023, de 7 de marzo, y núm. 327/2023, de 13 de marzo, en casos sustancialmente idénticos, según más arriba se adelantaba. En los tres casos, el Tribunal Supremo desestima el respectivo recurso de casación y, en consecuencia, confirmando el criterio de la sentencia de apelación, declara que la revocación de la licencia de autotaxi motivada en el incumplimiento de sus condiciones esenciales no es ninguna sanción, sino la consecuencia jurídica y natural del incumplimiento de los requisitos incorporados al título habilitante y que determinan el otorgamiento del correspondiente título y su extinción.

Aunque esta es una idea que, con distintas formulaciones, aparece varias veces a lo largo del razonamiento de las sentencias, el Tribunal Supremo deja igualmente que, además de la revocación de la licencia acordada por ese motivo, en la ley está prevista también la revocación propiamente sancionadora aplicable, como ya nos consta, para

¹⁴ El propio Tribunal Supremo había dejado pendiente esta comprobación en otros asuntos anteriores, directamente relacionados, por considerarla no obstante secundaria a los efectos entonces discutidos sobre la interpretación del art. 95.1 LGT en una larga lista de sentencias. Cfr., entre otras, SSTs núm. 344/2021, de 11 de marzo; núm. 1583/2021, de 22 de diciembre; y núm. 930/2022, de 5 de julio.

corregir las infracciones muy graves, pero de la que, sin embargo, debe distinguirse muy bien.

Y para probar esta distinción las tres sentencias recuerdan las principales declaraciones de la STS de 8 de octubre de 2001 que se fijan en el Reglamento nacional de servicios urbanos e interurbanos de transporte en automóviles ligeros de 1979 (RNSU), que fue la norma aplicada entonces.

El art. 48 del citado Reglamento establece que las licencias serán revocadas cuando concurren ciertas circunstancias y, en particular, en lo que ahora más importa, «[...] e) el arrendamiento, alquiler o apoderamiento de las licencias que suponga una explotación no autorizada por este Reglamento y las transferencias de licencias no autorizadas por el mismo; y [...] g) la contratación de personal asalariado sin el necesario “permiso local de conducir” del artículo 39 o sin el alta y cotización a la Seguridad Social».

Por su parte, el siguiente art. 53 c) del Reglamento prevé que las infracciones muy graves del art. 51, entre las que no figura ninguna que tenga algo que ver con la cesión de la licencia en favor de un tercero, podrán ser sancionadas con la «retirada definitiva de la licencia o del permiso local de conductor».

Teniendo en cuenta estas previsiones legales, el Tribunal Supremo afirmó efectivamente en 2001 que

«[...] una cosa es la retirada definitiva de la licencia o del permiso contemplada en el artículo 53 c) del Reglamento para las infracciones muy graves, según los diversos tipos de infracción descritos en los artículos 49 a 51, y otra la caducidad y retirada de licencia establecida en el citado artículo 48 que es un supuesto de extinción del derecho al ejercicio de la actividad autorizada por el incumplimiento de las condiciones con que se otorga la licencia en el marco de la relación bilateral por ésta creada entre el Ayuntamiento y el particular, al dar éste trabajo como conductor de autotaxi [...] a un tercero] mediante contratación verbal y sin haber puesto el hecho en conocimiento de la autoridad municipal y sin dar de alta al conductor del autotaxi y cotizar, por tal concepto, en la Seguridad Social».

Para concluir finalmente más adelante que

«[...] la retirada definitiva de la licencia de autotaxis que impone no es propiamente una sanción impuesta en el ejercicio de la potestad sancionadora, consecuencia de la responsabilidad que se anuda a una infracción o falta administrativa de las contempladas en los artículos 49 y ss. del RNSU que estaría sujeta al plazo de prescripción [...], sino una revocación de la licencia en aplicación de lo dispuesto en el artículo 48.g) del RNSU, por incumplimiento de una de las condiciones con que había sido otorgada aquélla, no sujeta, por tanto, al plazo de prescripción de las sanciones; revocación prevista en el artículo 48 RNSU y apreciada y declarada en el presente caso después de constatar dicho incumplimiento en un procedimiento tramitado con las garantías de audiencia y defensa, según establece el mismo art. 48, *in fine*, del RNSU».

III. Críticas a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Hasta aquí las principales declaraciones de las sentencias anotadas. De ellas importa retener ahora dos ideas: *i)* la distinción entre autorizaciones de operación y autorizaciones o licencias de funcionamiento, que colocan al interesado en una situación objetiva definida por un estatus complejo de obligaciones; y *ii)* la distinción igualmente entre revocación por incumplimiento de las condiciones esenciales de la licencia y su revocación en ejercicio de la potestad sancionadora como consecuencia de una infracción, generalmente las más graves.

Sin perjuicio de las observaciones que luego irán saliendo, lo que noto para empezar en el razonamiento de estas sentencias de 2023 es que ponen demasiada fe en las declaraciones de las STS 8 de octubre de 2001 que acaban de recordarse, y que se limitan ahora, más de veinte años después, a repetir, sin ninguna explicación añadida. Y, sin embargo, hay algunos elementos que diferencian, y mucho, a unos y otros supuestos.

Particularmente, sucede que, mientras que entonces el incumplimiento corregido (*grosso modo*, la cesión de la licencia a un tercero) no estaba tipificado como infracción muy grave y constituía únicamente una de las causas que con arreglo al art. 48 RNSU habilitan la revocación de la licencia, en los asuntos considerados en las sentencias de 2023, en cambio, esa misma conducta, además de encajar en alguna de las condiciones esenciales de la licencia que establece el art. 107, sí figuraba expresamente tipificada también como infracción muy grave en el art. 104.4 de la Ley canaria.

Esta diferencia me parece decisiva. Principalmente porque, según ya nos consta, para el Tribunal Supremo no es jurídicamente lo mismo acordar la revocación como consecuencia del incumplimiento de las condiciones esenciales de la licencia que hacerlo para corregir una infracción. De hecho, si no me equivoco, esta distinción constituye la *ratio decidendi* de esta jurisprudencia y que está expresamente formulada en la STS de 7 de marzo de 2000 cuando advierte que el citado Reglamento nacional

«[...] distingue dos procedimientos distintos en sus arts. 54 y 48; el primero, para la sanción [con la revocación] de las infracciones previstas en los artículos precedentes [...]; y, el segundo, el previsto en el art. 48, [...], que es [la revocación] aplicable para los supuestos en que el titular de la licencia la arrienda y no la explota en la forma directa a que viene obligado [...], y que no está prevista como infracción en ninguno de los preceptos del citado reglamento».

De modo que, cuando la conducta considerada forma parte de las condiciones esenciales de la licencia y no está prevista como infracción, la revocación funciona entonces como medida descargada de contenido sancionador. Este es, en efecto, el razonamiento que utilizan las primeras sentencias para negar carácter sancionador a la revocación. Pero que no sirve, sin embargo, para resolver los casos enjuiciados en las sentencias de 2023. Sencillamente, como se ha observado, porque en estos otros casos la Ley canaria de transportes sí tipifica como infracción grave la misma o parecida

conducta que simultáneamente establece también como condición esencial de la licencia.

Con este panorama normativo, para ser congruentes con su propio planteamiento, las sentencias de 2023 deberían haber razonado porqué en el caso que resuelven la revocación discutida obedecía efectivamente al incumplimiento de una condición esencial y no, en cambio, al ejercicio de la potestad sancionadora. Y, sin embargo, como ya nos consta, el Tribunal Supremo nada dice al respecto.

Por culpa de este silencio, las citadas sentencias no me parecen, en efecto, muy convincentes. Pero, sobre todo, hay que lamentar que el Tribunal Supremo haya desperdiciado esta ocasión para intentar atar algo mejor los muchos cabos que todavía andan sueltos en este asunto del carácter sancionador o no de la revocación de las licencias. Estas debilidades testimonian las muchas ambigüedades y confusiones que todavía existen al respecto y hablan también a las claras de la falta de resolución de la jurisprudencia, que desafortunadamente anda tanto o más perdida que el propio legislador. Y si no, véase:

Para empezar, si repasamos ahora la larga lista larga de infracciones muy graves y graves que tipifican los arts. 104 y 105 de la citada Ley canaria de transportes de 2007 y la comparamos luego con la lista, también muy larga, de condiciones esenciales que establece el siguiente art. 107, podrá verse enseguida que hay conductas infractoras que se corresponden, en ocasiones punto por punto, con alguna de las condiciones esenciales de la licencia. Es el caso por ejemplo de las siguientes:

- i) Según los apartados 15.2 y 15.5 del art. 104 son infracciones muy graves «el incumplimiento de los tráficos, itinerario, expediciones o puntos de parada establecido» y el «incumplimiento del régimen tarifario». Estas infracciones se corresponden con las condiciones esenciales previstas en el art. 107, apartados *c*) «la prestación de los servicios de acuerdo con los tráficos autorizados»; y *g*) «el respeto de los puntos de parada establecidos, así como del itinerario, calendario, horario y tarifas [...]».
- ii) El siguiente, apartado 15.4 del art. 104 tipifica de infracción muy grave «la realización del servicio transbordando injustificadamente a los usuarios durante el viaje», y que es la misma conducta que figura como condición esencial en el art. 107. *i*) «la realización del servicio sin transbordar injustificadamente a los usuarios durante el viaje».
- ii) Con arreglo al art. 105.1.4 constituye infracción grave «vender un número de plazas por vehículo superior al de las autorizadas en el título concesional»; y según el art. 107. *j*) es condición esencial de la concesión, autorización o licencia «el respeto a la prohibición de venta de un número de plazas por vehículo superior al de las autorizadas en el título concesional».
- iv) Y, por último, la infracción grave del art. 105.1.5 consistente en «no pasar la revisión periódica del [vehículo y de los instrumentos de control] en los plazos y forma legal o reglamentariamente establecidos» coincide con la condición esencial del art. 107. *x*) que advierte «[d]el cumplimiento de las disposiciones

vigentes sobre revisión periódica, tanto del vehículo como de los instrumentos de control».

Apurando esta comprobación, que confirma que en la ley canaria hay, en efecto, conductas que son al mismo tiempo constitutivas de una infracción y causa del incumplimiento de las condiciones esenciales de la licencia, despunta una conclusión que tiene una apariencia realmente inquietante, y sobre la que las sentencias vistas nada dicen tampoco.

Pues, teniendo en cuenta la declaración jurisprudencial que ya conocemos sobre el carácter no sancionador de la revocación que está motivada en el incumplimiento de las condiciones esenciales de la autorización o licencia, no hay duda entonces de que bastaría que el legislador incorporara las conductas que tipifica como infracción al cuadro de las condiciones esenciales de la autorización o licencia para desactivar automáticamente la naturaleza sancionadora de la revocación, convirtiendo de paso en innecesaria su previsión en la ley como sanción administrativa.

Ante este desenlace, que es, por otra parte, el que sugieren las sentencias anotadas al confirmar el carácter no sancionador de la revocación, una pregunta surge inmediatamente: ¿esa operación normativa es válida constitucionalmente? O, por el contrario, ¿es una intolerable maniobra legislativa que solo busca burlar la aplicación de las garantías constitucionales propias de la potestad sancionadora?

Adelanto que mi opinión es la de que esa operación normativa no es reprochable constitucionalmente, aunque, en el caso de la ley canaria que hemos visto, sí resulte criticable desde el punto de vista de la calidad de las leyes. En cualquier caso, antes de ver estas críticas y sus razones, me interesa advertir que esta duplicación de conductas que funcionan al mismo tiempo como infracción y como condición esencial de la licencia no es, en cualquier caso, exclusiva del legislador canario de transportes por carretera. La misma duplicación está presente en otras muchas leyes. La legislación autonómica en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas es un buen ejemplo.

Todas las leyes autonómicas en la materia y de todas las épocas obligan a los espectáculos, locales y establecimientos públicos a cumplir ciertas exigencias y, en particular, la de reunir las condiciones necesarias de seguridad, salubridad, higiene, accesibilidad y evacuación. Y todas ellas imponen asimismo a los titulares de las autorizaciones o licencias la obligación de suscribir el correspondiente contrato de seguro. Como también en todas ellas el incumplimiento de estos requisitos o condiciones es motivo suficiente para acordar la revocación de la autorización y licencia.

El incumplimiento de esas mismas condiciones y obligaciones aparecen nuevamente más adelante en todas las leyes, pero formulado ahora como infracción, generalmente agravada, y que, en un buen número de casos, puede ser sancionada asimismo con la revocación de la autorización o licencia.

Este ejemplo de la legislación en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas prueba que efectivamente una misma conducta puede suponer incumplimiento de las condiciones de la licencia y ser a la vez constitutiva de una infracción. Cuando algo de todo esto sucede, decidir cuál de las dos vías es la procedente es una

solución insegura, entre otras razones por culpa del silencio del legislador que nada aclara al respecto. De modo que, con frecuencia, la elección queda en manos de la propia Administración que es a la postre la que determina el carácter de la revocación, pero sin más guía aparente que su propia decisión. Por ninguna otra razón, sin abandonar este mismo asunto de los espectáculos públicos, no puede extrañar que, junto a revocaciones no sancionadoras, convivan otras de carácter sancionador.

Los casos resueltos respectivamente por las SSTs de 17 de julio de 2000 y de 23 de julio de 2001 son un buen ejemplo de este comportamiento administrativo. Pues, mientras que en el primero, la Administración acordó revocar la licencia de un bar por incumplir las correspondientes medidas de seguridad e insonorización sin sujetarse al procedimiento sancionador, en el otro, decidió corregir ese mismo incumplimiento mediante la imposición de la sanción de revocación definitiva de la licencia. Conviene añadir que las dos sentencias confirmaron el criterio de la Administración sin corregir, ni cuestionar en ningún momento, el rumbo dado al respectivo expediente.

IV. La revocación de la licencia o autorización motivada por su ejercicio desviado

Ni que decir tiene que el principal culpable de esta situación de inseguridad es el legislador que, como se ha comprobado, duplica determinadas conductas contemplándolas dos veces, primero, en las condiciones esenciales de la autorización o licencia y, más tarde, en el régimen sancionador, y, en ambos casos, bajo la amenaza de la revocación.

De todas formas, es posible ver en este comportamiento del legislador una intuición que me parece certera: en el ejercicio de las actividades autorizadas hay determinadas conductas que habilitan la revocación de la licencia sin necesidad de someterse al derecho sancionador. O, por decirlo en las palabras de la jurisprudencia que ya conocemos, en el caso de las licencias de funcionamiento, las actividades privadas que autorizan están condicionadas a que no se ejerzan de cualquier modo, de manera que cuando se desarrollan en forma notoriamente desviada, su titular deja de reunir los requisitos que determinan su otorgamiento y que son, como ya nos constan, de tracto sucesivo.

De manera que, apurando este planteamiento, el control de la legalidad en que consiste la autorización o licencia no se agota en el momento de su otorgamiento para comprobar simplemente entonces si la actividad proyectada cumple con los correspondientes requisitos objetivos y subjetivos, sino que se prolonga también al modo en que, una vez autorizada, se utiliza la licencia, y que es naturalmente una operación que únicamente es posible verificar *ex post*, una vez otorgada la autorización y comenzada la actividad.

Me parece que esta idea enlaza perfectamente con las observaciones que hiciera el Tribunal Constitucional en su sentencia 5/2004, de 16 de enero, cuando, para probar su declaración de que la ilegalización de un partido político no es ninguna decisión sancionadora, notó en qué consiste precisamente el control previo de legalidad (en ese caso, en forma de inscripción y registro de un partido político) de las actividades pri-

vadas desarrolladas en el ejercicio del correspondiente derecho o libertad y sus consecuencias de régimen jurídico.

Al respecto, la citada sentencia razonó efectivamente que

«[...] el régimen de libertad en el que en nuestro ordenamiento se desenvuelve la creación de partidos políticos no permite un control inmediato en el tiempo de la satisfacción de esos requisitos [estructura interna y funcionamiento democráticos]. No cabe, en efecto, verificar en toda su extensión si lo que se constituye e inscribe como partido es propiamente tal. En ese trámite sólo es factible acreditar la concurrencia de una efectiva voluntad de constitución de un partido político y el cumplimiento de los requisitos de capacidad para constituirlo y de adopción de una estructura que permita un funcionamiento democrático. Pero las circunstancias que verdaderamente definen a la asociación como partido únicamente se acreditan una vez constituido, pues sólo entonces puede determinarse si se ajusta en su actividad a las funciones referidas en el art. 6 CE. Y sólo entonces puede constatarse si los fines definidores de su ideario político, en principio constitucionalmente libres, se persiguen por medios, no ya pacíficos, sino, antes aun, compatibles con las funciones constitucionales a las que los partidos sirven como instrumento. La constatación de ese extremo en el momento de la constitución del partido sólo sería imaginable a través de un juicio de intenciones que pugnaría groseramente con el régimen de libertad de creación de partidos garantizado por el art. 22 CE» (FJ 9).

Siguiendo este planteamiento, la sentencia declara a continuación en el mismo FJ 9 que

«[...] el control jurídico de esa vertiente definidora de la asociación como partido consistente en el respeto a las exigencias... recogidas en el art. 6 CE ha de ser, por necesidad, un control a posteriori [...] de la constitución del partido. Y también de tracto sucesivo, por cuanto ese cumplimiento no puede dejar de exigirse en tanto el partido continúe existiendo. Esto es, cabalmente, lo que hace la Ley Orgánica de partidos políticos: arbitrar un procedimiento de constatación de las condiciones que hacen a una asociación merecedora de la condición jurídica de partido. Y las llamadas causas de ilegalización y disolución no son otra cosa que la especificación de los casos en los que el legislador orgánico ha entendido que no concurren en la realidad los elementos definidores del concepto constitucional de partido que se dieron previamente por supuestos cuando el partido afectado se constituyó e inscribió como tal partido. No hay, por tanto, componente sancionador alguno, sino revisión de una calificación en Derecho que, atribuida a una persona jurídica que se presumió partido cuando así quiso inscribirse, se ha demostrado después que no merece quien por su actividad y conducta no se ajusta a las funciones relacionadas en el art. 6 CE».

Para remachar este razonamiento, que me parece impecable, la sentencia advierte finalmente, sirviéndose ahora de la STC 48/2003, de 12 de marzo, que

«[...] “la ilegalización y disolución de un partido político es, desde luego, una consecuencia jurídica gravosa para el partido mismo, para sus afiliados y, por exten-

sión, también para sus simpatizantes y votantes”; pero ello no convierte tales medidas, “sin más, en medidas punitivas, pues en otro caso habría que conceder [...] que toda consecuencia jurídica desfavorable o la simple denegación de un beneficio encerraría un componente sancionador”. En definitiva la Ley Orgánica de partidos políticos no instaura un procedimiento penal o sancionador referido a conductas individuales y del que se deriven consecuencias punitivas para sus autores, sino un procedimiento de verificación de la concurrencia en una asociación de las características que —presumidas en origen y sólo verificables tras la inscripción— hacen de ella un partido político, resultando de un eventual juicio negativo la consecuencia de su disolución, sin mayor perjuicio para los actores de las conductas examinadas y reconducidas al partido que el propio de quien se ve perjudicado por la imposibilidad de continuar en el disfrute de beneficios y ventajas, que sólo se disfrutan legítimamente en el marco normativo que el partido disuelto, justamente, no ha querido respetar».

No es fácil encontrar en pocas líneas tantas declaraciones decisivas para el asunto que nos interesa. De hecho, si las trasladamos ahora al caso del carácter sancionador o no de la revocación de la licencia que consideramos un par de conclusiones saltan inmediatamente a la vista.

Primera, que, en el momento de autorizar una actividad, el comportamiento del interesado no es jurídicamente inocuo, sino que es una condición esencial del reconocimiento de las ventajas anudadas al ejercicio del correspondiente derecho. Tanto es así, de hecho, que, si la Administración supiera de antemano que el solicitante pretender utilizar la licencia de manera notoriamente desviada, no se la otorgaría, como es natural. Sucede, no obstante, que, a salvo de un imposible juicio prospectivo sobre sus intenciones, la Administración desconoce cuáles son y, por tanto, debe limitarse en ese momento a comprobar que la solicitud de la licencia cumple con los correspondientes requisitos objetivo y/o subjetivos, confiando en que su titular la ejerza con respeto al régimen aplicable.

Y segunda, que, una vez autorizada, cuando la Administración comprueba que el comportamiento del titular infringe gravemente el régimen jurídico aplicable y, por tanto, defrauda la confianza otorgada con la licencia, su revocación no es ninguna sanción en sentido técnico-jurídico, sino la consecuencia de la comprobación de que el titular de la licencia no reúne las condiciones para disfrutar de sus beneficios y ventajas.

Lamentablemente esas declaraciones constitucionales han pasado inadvertidas y, en cualquier caso, nunca han sido convenientemente apuradas por la doctrina y jurisprudencia, con el propio Tribunal Constitucional de nuevo a la cabeza, que ha sido el primero en abandonarlas, como luego podrá comprobarse.

De hecho, la doctrina administrativa más autorizada y la jurisprudencia mayoritaria siguen defendiendo que las revocaciones y, en general, las medidas restrictivas de derechos (cierres y clausuras definitiva o temporales de establecimientos y locales o la suspensión, asimismo definitiva o temporal de actividades), acordadas como consecuencia de la comisión de ciertas infracciones, generalmente las más graves, son verda-

deras sanciones administrativas. Resumidamente porque con ellas la Administración castiga al infractor impidiéndole hacer «lo que en otro caso podría hacer legalmente y sin perturbación de los intereses públicos», de forma que «si pidiera la autorización no habría causa para negarla»¹⁵.

La opinión de la jurisprudencia al respecto es asimismo inequívoca, según lo testimonian ahora, entre otros, el ejemplo de la revocación de la licencia de detective privado por incumplir gravemente varias de las obligaciones que ordenan la profesión y, en consecuencia, incurrir en la infracción consistente en «grave falta de probidad profesional» (STC 61/1990, de 29 de marzo). O también, por seguir con el ejemplo de las licencias de auto taxi, de la revocación de la citada licencia como consecuencia de la manipulación fraudulenta del taxímetro (STS de 14 de septiembre de 2004) o por aplicar tarifas superiores a las autorizadas (STS de 10 de febrero de 1997).

Si paramos un momento en este tipo de ejemplos y recordamos el criterio de distinción que luce en el comentado criterio doctrinal todo parece encajar limpiamente, en efecto.

Pues, en todos estos supuestos, la imposibilidad de continuar ejerciendo la correspondiente actividad autorizada es, en efecto, consecuencia directa de la conducta antijurídica y culpable del interesado (calificada formalmente de infracción), de modo que, sin sanción, no habría, en principio, ninguna razón para impedir que el interesado pudiera desarrollar con normalidad la actividad en cada caso pretendida.

Por este motivo, porque la revocación (o suspensión temporal) de la autorización se funda ahora en el comportamiento infractor del interesado y no, por tanto, en el incumplimiento de los requisitos objetivos o personales que habilitan el ejercicio de la correspondiente actividad, para impedirle de ese modo hacer lo que en otro caso podría hacer normalmente, la revocación o suspensión es una medida acordada con fines punitivos y, por tanto, una auténtica y característica sanción administrativa.

Esta es, en efecto, la interpretación que siguen los defensores de este criterio de explicación, y en el que es fácil ver, si lo he entendido bien, la distinción entre la desaparición o pérdida sobrevenida de los requisitos objetivos y subjetivos que determinan el otorgamiento de la correspondiente autorización o beneficio, de un lado, y el incumplimiento culpable de las reglas que ordenan el ejercicio de la actividad pre-

¹⁵ Manuel Rebollo Puig, «El contenido de las sanciones», cit., pp. 197-199; y *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 82-83. La misma o parecida idea luce en las explicaciones de Alejandro Huergo Lora (en *Las sanciones administrativas*, cit., pp. 336-337), cuando advierte por su parte que si «el acto [la autorización o licencia] sigue estando en condiciones de cumplir con los fines de interés público a pesar de la infracción cometida por el particular no tiene mucho sentido revocarlo, por lo que parece preferible utilizar como sanciones otras medidas y, en particular, la multa». Para ilustrar estas explicaciones el citado autor concluye que la retirada, por ejemplo, del permiso de conducir como consecuencia de una infracción es una típica sanción administrativa, «pues la privación del permiso no afecta para nada a los intereses públicos (o sólo de modo favorable), sino exclusivamente a los del particular sancionado, y puede ser más eficaz que la multa». Y también, en fin, esa misma idea es la que maneja Tomás Cano Campos, *Sanciones Administrativas*, cit., pp. 127-128, cuando subraya por su parte que «el mal consiste aquí en la prohibición temporal o definitiva de realizar una actividad que, de no ser por la sanción, el sujeto podría realizar en el ejercicio de su genérica libertad o en virtud de una libertad específica [habilitada por la correspondiente autorización administrativa]».

viamente autorizada, de otro. O, si prefiere, entre requisitos de la autorización y requisitos de funcionamiento de la actividad autorizada.

De acuerdo con este planteamiento, en el primer caso, la revocación es simple consecuencia reglada de la comprobación objetiva del incumplimiento de los preceptivos requisitos legales y, por lo mismo, está descargada de todo reproche de culpabilidad. Dicho de otro modo, en ese grupo de casos, el correspondiente incumplimiento es un hecho meramente objetivo, huérfano de toda valoración sobre la conducta del sujeto. Por lo mismo, la revocación en esos casos es una decisión simplemente declarativa de ese incumplimiento y, por tanto, de efectos incluso retroactivos.

Por el contrario, en el segundo, la revocación se justifica en la valoración culpable del comportamiento infractor y, por tanto, antijurídico del interesado en el ejercicio de la autorización y tiene, por eso mismo, un claro componente de reproche y castigo. De modo congruente, el incumplimiento es ahora culpable y, por tanto, subjetivo, y la revocación es precisamente constitutiva de la prohibición de ejercer la actividad autorizada y, por lo mismo, produce efectos exclusivamente *pro futuro*¹⁶.

En resumidas cuentas, pues, y con arreglo a este criterio de distinción, una cosa es incumplir los requisitos que ordenan el otorgamiento de la correspondiente autorización y otra distinta incumplir las condiciones de ejercicio de la actividad previamente ya autorizada, y cometer, al hacerlo, una infracción tipificada y sancionada con la revocación.

Por este motivo, cuando el incumplimiento está tipificado como infracción, la revocación que corrige ese incumplimiento es siempre una sanción administrativa. Pues, a diferencia del primer caso, en el que no hay en rigor (no, al menos, forzosamente) comportamiento infractor, ahora es precisamente la valoración culpable (infractora) de la conducta el elemento que cualifica el incumplimiento y arrastra la revocación prevista para corregir ese tipo de incumplimientos al campo del Derecho administrativo sancionador.

Aunque reconozco el peso de estas razones, personalmente nunca me han convenido. El lector que conoce mi opinión al respecto sabe que defiendo un concepto mínimo de sanción administrativa. De hecho, pienso, efectivamente, que no hay más sanción administrativa que la multa y que, por consiguiente, todas las demás sanciones que el legislador administrativo sectorial se empeña en tipificar, más todas las demás que la doctrina y la jurisprudencia dominantes quieren ver escondidas por las leyes administrativas no lo son, sin embargo. O no tienen por qué serlo, si se prefiere¹⁷.

Al respecto, como es conocido, la finalidad de la medida administrativa en cada caso a examen es la clave que permite distinguir las sanciones del resto de medidas con esa misma apariencia, pero que no lo son, sin embargo. Esta es, en efecto, la idea que maneja la doctrina administrativa más autorizada¹⁸ y es también la que utiliza el Tribunal Constitucional. La más moderna STC 23/2022, antes citada, lo resume ejemplarmente al notar que a tal efecto:

¹⁶ Manuel Rebollo Puig, «Definición y delimitación de las sanciones administrativas», cit., en especial, pp. 72 y ss.

¹⁷ Miguel Casino Rubio, *El concepto constitucional de sanción administrativa*, cit.

¹⁸ Por todos, Manuel Rebollo Puig, «definición y delimitación de las sanciones administrativas», cit.

«[...] habrá que atender, ante todo, a la función que [la correspondiente medida] tiene encomendada en el sistema jurídico. De modo que, si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena o sanción en sentido material, pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa».

Con arreglo a este criterio del fin, y resumiendo ahora mucho las cosas, mi opinión es efectivamente la de que la revocación (y el resto de todas esas medidas desfavorables formuladas en forma de prohibiciones de ejercicio), a pesar de que son consecuencia de una previa infracción, no persiguen en rigor ni principalmente castigar al infractor, sino tutelar los correspondientes intereses públicos confiados en cada caso a la Administración.

Ya he adelantado que la doctrina y jurisprudencia dominantes piensan justo lo contrario y que, además, en el actual ambiente a favor de asegurar las garantías del infractor, las decisiones calificadoras del legislador, aún equivocadas, tienen pocas probabilidades de ser enmendadas.

V. La opinión del Tribunal Constitucional y sus debilidades

Sea como fuere, y si volvemos nuevamente a la revocación que ahora nos interesa, importa subrayar que, cuando el legislador ha apurado ese mismo planteamiento y ha anudado a la comisión de determinadas infracciones la pérdida o revocación de la correspondiente autorización descargándola de carácter sancionador, la respuesta del Tribunal Constitucional ha sido contundente.

En particular, ese es caso de los arts. 136. 2 y 55.4 e) de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de comunicación audiovisual de Cataluña. El primero de los citados preceptos, ubicado sistemáticamente en el régimen sancionador diseñado por la Ley, establece que

«[...] en el supuesto de comisión reiterada en el plazo de un año de dos infracciones muy graves, declaradas así por resolución firme, o de una infracción muy grave y dos o más de graves, o de tres o más infracciones graves, el Consejo del Audiovisual de Cataluña puede acordar, en el marco del procedimiento sancionador correspondiente, el cese definitivo de la prestación de servicios audiovisuales por parte del responsable».

Por su parte, el art. 55.4 e), a propósito del régimen de la licencia para prestar servicios de comunicación audiovisual mediante el uso del espacio radioeléctrico, prevé como causa de denegación de la renovación de la licencia,

«[...] el hecho de haber sido sancionado más de dos veces por dos infracciones graves o una muy grave, de acuerdo con lo establecido en la presente ley».

Estos dos preceptos, junto con otros muchos, fueron cuestionados en el oportuno recurso de inconstitucionalidad por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso de

los Diputados. A juicio de los parlamentarios recurrentes, estas dos previsiones que se han anotado suponían una infracción del principio *non bis in idem*. En ambos casos, porque el respectivo precepto habilitaba al Consejo del Audiovisual para sancionar, unos hechos previamente ya sancionados, de modo que no contemplaban una simple regla para castigar la reincidencia, sino la imposición en rigor de una nueva sanción en forma de revocación de la licencia (el cese definitivo de la prestación del servicio), en el primer caso, y con la denegación de su renovación, en el segundo.

Frente a este planteamiento, tanto la Generalitat como el Parlamento de Cataluña defendieron con parecidos argumentos que los citados preceptos no eran contrarios a la prohibición constitucional de *bis in idem*. En el primer caso, porque el cese definitivo de las emisiones prevista en el art. 136.2 incorporaba simplemente la reincidencia como criterio de graduación de las sanciones a imponer, de manera que la comisión de una nueva infracción, en conexión con las anteriores, revelaba una conducta agravada del infractor que el Legislador ha querido corregir con mayor severidad. Y, en el otro, porque la denegación de la renovación del art. 55. 4 e) no constituía en rigor ninguna verdadera sanción administrativa, sino una simple medida de restablecimiento de la legalidad, aunque de consecuencias desfavorables para su destinatario.

En esta ocasión el Tribunal Constitucional resuelve la controversia en forma bastante simple. Comienza [FJ 5 d)] por recordar el significado del principio *non bis in idem*, según ha sido muchas veces precisado por la propia doctrina constitucional, y que impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento.

Y a continuación nota que el citado principio no prohíbe, sin embargo, que el legislador pueda prever la reincidencia en las infracciones como circunstancia agravante y, en su consecuencia, castigar una conducta ilícita posterior del mismo sujeto de una manera más severa. Pues, en aplicación de la citada agravante, no es que los mismos hechos anteriores vuelvan a castigarse nuevamente. Es simplemente que son tenidos en cuenta por el legislador para calibrar mejor la sanción a imponer por las posteriores infracciones administrativas. De modo congruente, en ese tipo de casos,

«[...] no concurre, en consecuencia, una identidad de hechos, sino que los hechos anteriores han sido castigados con su correspondiente sanción administrativa [...], y el hecho ilícito posterior ha sido castigado de una manera más severa por la aplicación de la referida agravante».

Y finalmente advierte, sirviéndose ahora de la STC 188/2005, de 4 de junio¹⁹, que

«[...] la admisibilidad constitucional de la agravante de reincidencia, entendida en los términos expuestos, no alcanza a supuestos en que el legislador crea un tipo, administrativo [...] autónomo, prescindiendo absolutamente de la comisión de un

¹⁹ En esa ocasión, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional, por vulnerar el principio *non bis in idem*, el artículo 27.3 j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de seguridad, que tipificaba como falta muy grave el hecho de «haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves en el período de un año». Según razonó entonces porque con dicho precepto el legislador había creado un nuevo tipo infractor autónomo «sin que la simple reiteración de sanciones impuestas previamente constituya un fundamento diferenciado nuevo que haga inaplicable el principio *non bis in idem*» (FJ 4).

nuevo hecho infractor, pues en tal caso lo que se castiga realmente son hechos anteriores del mismo sujeto que ya han sido castigados previamente, lo que lesiona el principio *non bis in idem* y, consecuentemente, el artículo 25.1 CE».

Con estos presupuestos, que son, por otra parte, bien conocidos, el Tribunal concluye sumariamente que esta última desviación es justo la que despusna en la regla del art. 136.2 de la Ley catalana 22/2005 considerada, puesto que permite

«[...] volver a castigar hechos realizados por un mismo sujeto, ya sancionados previamente, de modo que cabe una doble sanción para los mismos hechos: una primera, como constitutivos de las infracciones muy graves o graves que enuncia el precepto, las cuales han sido “declaradas así por resolución firme”, lo que implica la existencia de sendos procedimientos anteriores; y una segunda, en tanto que incardinados en la nueva infracción prevista en el citado artículo 136.2 de la Ley 22/2005, que requiere la incoación del “procedimiento sancionador correspondiente”, lo que implica la incoación de un nuevo procedimiento ulterior. En consecuencia, la doble identidad de sujeto y de hechos que se aprecia en el precepto cuestionado supone la vulneración del principio *non bis in idem*, teniendo, además, las infracciones enunciadas idéntico fundamento, al defender todas ellas el mismo interés jurídico relacionado con el adecuado funcionamiento de los servicios de comunicación audiovisual. Por lo que ha concluirse que el artículo 136.2 de la Ley 22/2005 vulnera el artículo 25.1 CE, en su vertiente de prohibición del *bis in idem*, debiendo declararse su inconstitucionalidad».

Y dicho esto declara, en cambio, que la regla del art. 55.4 e) de la Ley no es inconstitucional por el motivo denunciado. En forma igualmente sumaria, porque en este caso no es aplicable el principio *non bis in idem*,

«[...] por carecer la denegación de renovación de licencia de naturaleza sancionadora (como, en cambio, sí pueda tenerla la revocación de licencias). En este caso el artículo 55.4 de la Ley 22/2005 establece las causas legales que sirven de motivación para denegar la renovación de la licencia extinguida por el transcurso del plazo al constatar que la actuación del titular no ha sido acorde a lo dispuesto en la regulación audiovisual; entre ellas, la de haber sido sancionado por motivos graves o muy graves durante el período de prestación del servicio».

Opino que esta última declaración es técnicamente irreproachable y, de hecho, según yo la veo, la denegación de la renovación de la licencia con fundamento en la previa sanción por la comisión de varias infracciones graves o muy graves en la prestación del servicio audiovisual, que ahora consideramos, es una medida que desde luego se parece bastante a cualquiera de las prohibiciones legales que antes hemos visto para contratar con la Administración, obtener nuevas subvenciones o formular nueva declaración responsable o comunicación previa²⁰.

²⁰ Para Manuel Rebollo Puig, «Definición y delimitación de las sanciones administrativas», cit., p. 57, por nota, esta conclusión no es, sin embargo, tan clara. Opina, de hecho, que, por su contenido, bien podría ser una sanción.

De modo que al igual que en esos otros casos, si con su comportamiento desviado, que está probado en las correspondientes resoluciones sancionadoras, el titular de la licencia ha demostrado una conducta incompatible con el normal desarrollo de la prestación del servicio de comunicación audiovisual, que es la finalidad última a la que sirve la licencia, nada más lógico entonces que, llegado el momento de su vencimiento, la Administración acuerde denegar su renovación. O ¿es que acaso, por insistir en una idea que ya ha salido, la Administración debiera otorgar una licencia si supiera de antemano que el solicitante va a utilizarla con infracción grave de los límites y condiciones de su ejercicio? O, desde otra perspectiva, ¿hay alguna razón que impida a la Administración tomar en consideración ese comportamiento anterior para, llegado el vencimiento, decidir no renovar la licencia, en evitación de nuevas y probables infracciones y, por tanto, lesiones del correspondiente interés general protegido por la licencia?

Me parece que la respuesta a estos interrogantes ha sido ya insinuada repetidamente a lo largo de estas páginas y que cuadra perfectamente además con la opinión del propio Tribunal Constitucional, manifestada ejemplarmente entre otras ocasiones en la STC 5/2004, que antes hemos repasado y con lo mejor de nuestra doctrina y jurisprudencia administrativas, que siempre han visto en este tipo de medidas la aplicación del ordenamiento descargada de cualquier contenido sancionador.

Mucho más difícil me resulta, sin embargo, compartir la tacha de inconstitucionalidad que la citada STC 86/2017 ha acabado por formular contra el art. 136.2 de la Ley 22/2005.

Como he recordado más arriba, el Tribunal Constitucional ha declarado que el hecho de que la comisión de una segunda infracción muy grave (o una muy grave y dos graves; o tres graves) en el mismo año habilite a la Administración para ordenar el cese de la prestación del servicio audiovisual (y consecuente revocación de la licencia) supone sancionar dos veces el mismo hecho, con infracción del principio *non bis in idem*. Primero, con la multa correspondiente por la comisión de la correspondiente infracción muy grave o grave, según sea, [de conformidad con el art. 136.1 a) y b) de la citada Ley 22/2005]; y segundo, con la revocación de la licencia.

Aparte de que no veo por ningún lado en qué forma la citada previsión legal del citado art. 136.2 puede pugnar con el principio constitucional *non bis in idem*²¹, sino en su caso, pero todo lo más, con el principio de proporcionalidad de las sanciones, sucede sobre todo que la orden de cese de la prestación del servicio considerada no es ninguna sanción administrativa.

Es, pura y simplemente, un ejemplo más (aunque formulado en forma tibia y desde luego algo ambigua) de medida revocatoria justificada en la desaparición sobrevenida de los requisitos que ordenan el otorgamiento de la licencia y su mantenimiento de la que habla el art. 59.1 de la Ley, y entre los que figura (aun sin decirlo expresamente)

²¹ Pues en el caso considerado, no es que un mismo hecho sea constitutivo simultáneamente de dos infracciones, a corregir una con multa y otra con la revocación de la licencia, que es el caso de la regla censurada entonces por la STC 188/2005, y citado por la STC 86/2017.

el cumplimiento de las obligaciones, respaldadas por el correspondiente cuadro sancionador, que la ley se preocupa asimismo en detallar (arts. 46 y siguientes de la Ley).

De hecho, si bien se mira, el cese de emisiones considerado se parece mucho a las medidas equivalentes que en términos semejantes establecen otras leyes administrativas, y que de modo expreso han decidido excluir sin embargo del correspondiente catálogo de sanciones. En lo que he podido comprobar es el caso, significativamente, sin abandonar el asunto de las licencias de autotaxi que aquí nos han interesado, del art. 42.5 de la Ley 19/2003, de 4 de julio, del Taxi de Cataluña, cuando sin atribuirle formalmente la condición de sanción establece que

«[...] el incumplimiento de gravedad manifiesta o reiterado de las condiciones esenciales de las licencias en lo que concierne a los términos, al número de infracciones y al período temporal que se determinen por reglamento, sin perjuicio de las sanciones de aplicación de conformidad con la presente Ley, puede suponer la revocación de la licencia, previa tramitación del correspondiente expediente, en el cual se requiere siempre la audiencia a la persona titular».

Me parece que esta última regla, junto con las demás que han salido, y las sentencias que hemos repasado, testimonian muy bien que hay razones para afirmar que la revocación de la licencia o autorización, aun cuando tenga en cuenta la comisión de infracciones, no funciona en rigor como medida sancionadora y que, por tanto, hace mal el legislador en empeñarse en incluirla en el catálogo de las sanciones que tipifica. Como opino igualmente que el legislador crea una confusión innecesaria cuando reduplica el listado de las infracciones en el cuadro de las condiciones de la licencia y contempla la revocación por dos veces, en el primer caso, como sanción para corregir la correspondiente infracción; y, en el otro, como simple medida anudada al incumplimiento de las condiciones de la licencia. Debe insistirse: el error está en considerar la revocación como una auténtica sanción. Confío en que el legislador acabe viéndolo así.

LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN COMO «ÁRBOL VIVO»: UNA METÁFORA ESPECIOSA*

FERNANDO REY

Catedrático de Derecho Constitucional

I. El problema y su contexto

No es realista dudar ya de la justicia constitucional como innovadora del ordenamiento jurídico, aún con matices y límites¹. Existe un derecho normativo vigente y, a la vez, un derecho judicial viviente. Del mismo modo que tampoco es posible impugnar el hecho de que junto a la Constitución escrita, más concretamente, junto con los derechos fundamentales enumerados, listados o expresos en el texto constitucional, existe una Constitución no escrita y un conjunto de derechos fundamentales no enumerados o implícitos². La identificación de cuáles son estos últimos derechos, de quién puede e incluso debe hacerlo, con arreglo a qué método interpretativo y dependiendo de las condiciones de cada tradición jurídica³, es todo menos sencilla. Pero inevitable.

* Me uno con este trabajo al merecido homenaje a uno de mis maestros, el profesor Javier Jiménez Campo, de quien es especialmente admirable su rigor, su profundidad y su elegancia en el manejo de la lengua.

¹ Sigue siendo de lectura obligada el artículo de Francisco Rubio Llorente sobre «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho» [en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997/1997: 463-504]. Su tesis es que, a través de las diversas técnicas que analiza, la jurisdicción constitucional crea derecho, innova el ordenamiento jurídico. Una creación, a diferencia del legislador, «no libre», sino «vinculada, pura declaración de un Derecho preexistente» (p. 492), aunque reconoce que, al menos en el caso de las sentencias manipulativas, no sólo actúa como legislador negativo sino también como «vergonzantemente positivo». A mi juicio, hace ya tiempo que, en ocasiones, no muchas, pero siempre significativas, la creación es «descaradamente» positiva. Giovanni Azael Figueroa y Juan Manuel López Ulla [*Ampliación y reconocimiento de los (nuevos) derechos por los tribunales constitucionales*, editorial Porrúa, Ciudad de México, 2023, XI] sostienen que «está fuera de toda duda» que la justicia constitucional tiene capacidad para ampliar el contenido de los derechos fundamentales.

En realidad, la interpretación judicial extensiva o restrictiva de la ley es un problema consustancial a la interpretación jurídica. Ya Savigny [capítulo IV («Interpretación de las leyes») de su *Sistema de Derecho Romano actual*, Centro editorial de Góngora, Madrid, 2.^a ed., 1924, pp. 183-255 (p. 235)] se lamentaba de que «si examinamos el uso que los jurisconsultos romanos hacen de sus propias reglas... frecuentemente traspasan los límites de la interpretación verdadera y entran en el dominio de la formación del derecho, de modo que sus interpretaciones extensivas, sacadas del motivo de la ley, corrigen, no la expresión, sino la ley misma, y constituyen verdaderas innovaciones».

² La literatura civilista (por ejemplo, José María Pabón de Acuña, «La interpretación según la “realidad social” del art. 3 del Código Civil», *Revista General del Derecho*, Valencia, 1999, p. 36) alude a la existencia en la norma de elementos «escondidos, herméticos, inasequibles a veces ante el primer intento interpretativo».

³ El constitucionalismo anglosajón, bajo la impronta inglesa, ha hecho del juez independiente y razonador, garante de las libertades individuales, una de sus piedras angulares. Sin embargo, el constituciona-

En algún trabajo anterior [«La creación judicial de los derechos fundamentales no enumerados: los derechos implícitos, conexos y transformados», en *Ampliación y reconocimiento de los (nuevos) derechos por los tribunales constitucionales*, Giovanni. Azael. Figueroa y Juan Manuel López Ulla (coords.), editorial Porrúa, Ciudad de México, p. 8], me he ocupado de cómo nacen los derechos constitucionales o fundamentales. Me he atrevido a sugerir que los derechos fundamentales nacen de dos maneras. Por *parto natural*, esto es, nacen con la Constitución y sus reformas sucesivas. El criterio de fundamentalidad de los derechos en el orden interno no es otra cosa, creo, que la mayor fuerza normativa de la Constitución —y por eso serían derechos fundamentales todos (y sólo) los derechos subjetivos que se hallen en el texto constitucional, los del capítulo segundo del Título primero, pero también los derechos dispersos. En segundo lugar, los derechos fundamentales pueden nacer también mediante *cesárea* practicada por vía de interpretación «jurídica» de la jurisdicción constitucional respectiva. La justicia constitucional puede ampliar el contenido de un derecho ya existente, pero puede negarse a hacerlo y esta posición tiene también, por sí misma, una enorme potencia decisoria. Es altamente elocuente, por ejemplo, que en nuestro país se haya negado el carácter de fundamental al derecho de reagrupamiento familiar de inmigrantes o al derecho a la transparencia pública.

La justicia constitucional, se quiera o no, tiene la capacidad de innovar derechos fundamentales a partir del catálogo constitucional expreso de derechos o de principios, acuñando o bien derechos implícitos, o bien derechos a partir de la conexión con otros o bien modificando sustancialmente la interpretación del sentido y alcance de otros derechos fundamentales ya reconocidos expresamente. Las constituciones contemporáneas se hallan densamente pobladas de valores, principios y derechos, y, por consiguiente, los bienes jurídico-constitucionales a partir de los que se agrupa el reconocimiento de los derechos (vida, integridad, intimidad, libertad, igualdad, participación, etc.) tienen suficiente plasticidad como para absorber cualquier derecho fundamental «nuevo». En otras palabras, en materia de derechos fundamentales, salvo raras excepciones constitucionales históricas como la norteamericana, no puede haber derechos

lismo de inicial influencia francesa, como es, entre muchos otros, todo el que se expresa en español, se ha construido ideológicamente en los siglos XVIII y XIX desde la *méfiance* del juez, la desconfianza hacia el poder judicial, poder nulo e invisible, simple voz que expresa las palabras de la ley, poder mecánico, vicario y nugariorio de un estamento conservador y ultra-positivista y sin ninguna capacidad para crear reglas jurídicas nuevas, sino tan sólo para aplicar automáticamente, como la maquinaria de un reloj de precisión, las reglas decididas por parlamentos elegidos (en ese período) por y de entre la élite burguesa hegemónica. Pero incluso en el marco del constitucionalismo anglosajón, en este caso norteamericano, la emergencia de la *judicial review* no fue sencilla, aunque fuera temprana, y su extensión y límites siguen siendo una de las cuestiones constitucionales fundamentales y controvertidas por antonomasia (sino la más crucial, junto con la determinación de los límites recíprocos de los poderes federal y estatal). Es un modelo de creación judicial de los derechos de «sí, pero». Por su parte, el constitucionalismo europeo continental y americano ha ido evolucionando, sobre todo tras la introducción de la justicia constitucional, hacia el reconocimiento del rol judicial creador o innovador de derechos fundamentales, bajo ciertos límites. Es un modelo de creación «no, pero». La confluencia contemporánea entre ambos modelos en este punto es más que evidente, aunque, obviamente, se mantengan diferencias significativas. Una interesante comparativa entre ambos modelos puede hallarse en Miguel Revenga, «Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, pp. 99-110.

radicalmente nuevos porque siempre podrán conectarse con derechos y principios constitucionales expresos.

También parece evidente que lesiona el principio de separación de poderes el exceso de jurisdicción que supone crear derechos fundamentales nuevos sin relación significativa alguna con los derechos y principios reconocidos en el texto constitucional⁴. Nuevamente, el sistema norteamericano es, en este punto, la excepción que confirma la regla. Por ello es totalmente incomparable su situación con otros ordenamientos como el español. Los derechos fundamentales de Estados Unidos se hallan en los volúmenes de jurisprudencia de su Tribunal Supremo más que en el leve y esquemático catálogo de derechos del texto constitucional. Su propia Constitución⁵ se abre al reconocimiento de los derechos no enumerados⁶. La interpretación de una famélica tabla de derechos de más de 200 años de antigüedad ha permitido no sólo que el Tribunal

⁴ Mientras la creación normativa es llevada a cabo por quien tiene el poder constituyente (o de reforma) dentro del sistema de que se trate, la creación judicial la lleva a cabo uno de los poderes constituidos (el Tribunal Constitucional es el guardián jurídico de la Constitución, pero, obviamente, no su dueño). Ya Savigny escribió (ob. cit., p. 250) que: «El intérprete que pretende corregir el pensamiento de la ley... se coloca por cima del legislador y desconoce los límites de sus poderes: su obra entonces no es la interpretación, sino una verdadera formación del derecho».

⁵ Enmienda IX: «La inclusión de ciertos derechos en la Constitución no se interpretará en el sentido de denegar o restringir otros derechos que se haya reservado el pueblo». Se trata de una cláusula influyente en otras constituciones, incluida la Constitución española de 1869 (art. 29: «La enumeración de los derechos consignados en este título no implica la prohibición de cualquier otro no consignado expresamente»).

⁶ La IX Enmienda es, sin duda, «misteriosa» (Kurt T. Lash, «A textual-historical theory of the Ninth Amendment», *Stanford Law Review*, vol. 60, n. 4, 2008, p. 896); incluso hay quien la ha calificado como «indescifrable mancha de tinta» (Robert H. Bork, citado por Lash, *loc. cit.*) y ha sido escasamente utilizada (Calvin Massey —citado por Lash, ob. cit., p. 897— ha sostenido, en este sentido, que «languidece en la oscuridad desde el tiempo de su aprobación»). El autor de la Enmienda es James Madison quien, como Hamilton, se resistía inicialmente a enumerar un catálogo expreso de derechos en el texto constitucional por miedo a que los derechos no enumerados pudieran quedar en manos del Gobierno. Incluso hay quien interpreta (si bien es una corriente minoritaria: Jeffrey D. Jackson, «Blackstone's Ninth Amendment: a historical common law baseline for the interpretation of unenumerated rights», *Oklahoma Law Review*, vol. 62, n. 2, 2010, p. 169) la Enmienda en clave «confederal», esto es, como una barrera o límite a los poderes federales frente a los derechos retenidos no ya de las personas, sino de los Estados. En cualquier caso, la undécima Enmienda significa que la lista constitucional de derechos no es exhaustiva y que no habría jerarquía entre los derechos enumerados y los no enumerados (Lash, ob. cit., p. 905). Otros asuntos, como, por ejemplo, cuáles son esos «derechos retenidos por el pueblo» o cómo y por quién se concretan siguen siendo altamente conflictivos.

El Tribunal Supremo Federal norteamericano ha ido creando una enorme cantidad de derechos constitucionales a lo largo de sus más de 200 años de existencia. Precisamente esta dilatada historia tanto de la jurisprudencia constitucional como de la propia vigencia del texto constitucional, así como el carácter incompleto y fragmentario del propio catálogo de derechos, que ideológicamente se correspondía únicamente con la fase inicial del Estado constitucional, la propiamente liberal, hace que la experiencia americana sea tan interesante como incomunicable al resto de ordenamientos. El Tribunal Supremo Federal norteamericano sí ha creado derechos radicalmente nuevos (por ejemplo, el derecho a abortar bajo ciertas condiciones —*Roe v. Wade*, 1973— la prohibición de criminalización de las relaciones homosexuales —*Lawrence v. Texas*, 2003—, el derecho a refusing tratamiento médico —*Cruzan v. Dir. M. Dept. of Health*, 1990—, entre otros) respecto de los principios y derechos del texto constitucional vigente. Por supuesto, también ha reconocido derechos que se deducen fácilmente de otros ya reconocidos. Lo curioso es que para ello no ha utilizado la Enmienda XI, sino otros preceptos (sobre todo, la cláusula del debido proceso legal de las V y XIV Enmiendas, en cuya penumbra se situaría un pujante *right to privacy*).

Supremo Federal hay creado derechos nuevos, sino que, incluso más allá, haya tenido tiempo para imprimir un giro copernicano a la interpretación de asuntos tan fundamentales para la convivencia como la discriminación racial (de Plessy, 1896, y su doctrina de «separados pero iguales» a Brown, 1954), el aborto (de Roe, 1973, a Dobbs, 2022) la libertad de contratación (de Lochner, 1905⁷, a Parrish, 1937), la discriminación a las personas homosexuales (de Hardwick, 1986, a Lawrence, 2003) entre muchos otros ejemplos de «derechos transformados». De la relevancia de la «Constitución invisible» habla Laurence H. Tribe (*The Invisible Constitution*, Oxford University Press, 2008) o de cómo la función principal de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal es «llenar los grandes silencios de la Constitución» (Justice Jackson en *H.P. Hood & Sons, Inc. v. Du Mond*, 1949). Por eso es en la literatura norteamericana donde más se ha tratado el asunto de los derechos nuevos, donde se ha llegado a acuñar diversas doctrinas para intentar limitar la creación judicial de derechos, entre ellas la principal, el *originalism*, la interpretación de un texto a partir de la intención de sus creadores⁸, y donde, por todo lo cual, hay que mantener frente a ella cierta reserva porque no es un espacio en este punto comparable.

Buscando mayor concreción, también he sostenido («La creación judicial...», cit., pp. 14 y ss.), que, con carácter general, la interpretación judicial evolutiva o sociológica, que amplía el contenido de los derechos y produce como resultado los impropia pero expresivamente llamados «nuevos derechos», abarca en su seno tres tipos o modalidades de manifestación. Los he denominado derechos implícitos, derechos conexos y derechos transformados.

En el supuesto de los derechos implícitos, habría una expansión natural del contenido de un derecho explícito por su aplicación a supuestos fácticos nuevos en el futuro. No se estaría en presencia, en realidad, de un derecho nuevo, sino una ampliación del derecho ya existente en la norma. Por ejemplo, el derecho frente al ruido puede considerarse un derecho implícito del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE.

En el caso de los derechos conexos, el Juez constitucional aprecia la existencia de derechos cuya aplicación se revela puntualmente necesaria para dispensar la máxima efectividad a otros derechos reconocidos de modo expreso previamente. Por ejemplo,

⁷ Joseph Lochner era un inmigrante alemán dueño de una panadería en Utica. Según una ley de 1895, el Estado de Nueva York limitaba la jornada laboral de los trabajadores en panaderías a 10 horas al día. Algunos de sus empleados dormían en el almacén y esas horas de sueño se computaban en la jornada laboral, con lo cual se sobrepasaba el límite de las diez horas. A Lochner se le impuso una multa de 25 dólares. La Sentencia identifica la libertad contractual como derecho constitucional dentro del derecho al debido proceso y anula la ley de Nueva York por menoscabar dicha libertad. Son particularmente interesantes los votos discrepantes de dos de los mejores magistrados del Supremo en toda su historia, Harlan, ya mencionado, que sostiene que el Tribunal no ha tomado debidamente en consideración la utilidad pública perseguida por la norma legal, como es garantizar el bienestar físico de esos trabajadores; y Oliver W. Holmes, quien observa que el caso no es resuelto conforme a un método jurídico, sino por razones puramente ideológicas de defensa de una teoría económica concreta como es el *laissez faire*.

⁸ Un método, por cierto, que quizá no por casualidad, es el dominante en la teología protestante, que es un elemento central del pensamiento conservador estadounidense (donde cabe inscribir al originalismo también). La semejanza entre el Derecho, la Teología, la Filosofía o la Filología es más que evidente porque su tarea principal es la interpretación de textos escritos.

del derecho a no ser extraditado, expulsado o deportado en ciertos casos respecto del derecho a no recibir torturas ni tratos o penas inhumanas y degradantes a partir de la Sentencia Soering (1989) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, el Juez constitucional a veces utiliza la idea del cambio en una determinada parcela de la realidad social (o el cambio de la opinión pública dominante sobre algún asunto) no para ampliar el contenido de un derecho ya reconocido, sino para cambiar de modo radical la interpretación del Convenio que hasta ese momento venía manteniendo. Son derechos cuya interpretación tradicional se transforma radicalmente; son derechos expresos, no nuevos, pero es la captación de su sentido la que muta en atención a una nueva lectura de la realidad social. La transformación puede llegar a ser de 180 grados, como ocurre en los ejemplos del Tribunal Supremo Federal norteamericano antes mencionados.

Suele ser en este tipo de casos en los que, por ejemplo, el Tribunal de Estrasburgo invoca de modo explícito la utilización del canon de interpretación evolutivo, afirmando que el Convenio es «un instrumento vivo». Un ejemplo paradigmático es el derecho al matrimonio de las personas transexuales a partir del asunto Goodwin contra Reino Unido de 11 de julio de 2002. No siempre es sencillo distinguir si estamos en presencia de un derecho implícito o uno transformado, como tendremos oportunidad de comprobar cuando analicemos la jurisprudencia constitucional española relevante. Por supuesto, tampoco es posible siempre discernir con castidad conceptual entre el reconocimiento de nuevas dimensiones de un derecho expreso y la creación judicial *ex novo* de un derecho, algo que siempre debe prohibirse⁹. ¿Cuándo el *ius dicere* se transforma en *ius facere*?

En este contexto, cabría ir un poco más allá de lo expuesto para interrogarnos sobre cómo, concretamente, el Tribunal Constitucional español crea derechos fundamentales o cómo amplía los ya existentes a partir del catálogo expreso. Esta es, sin embargo, una cuestión que, tras más de 45 años de vigencia del texto constitucional, merece un tratamiento más profundo y extenso del que el limitado número de páginas de este trabajo permite. Pensemos, por ejemplo, de entre los muchos que podrían aducirse en causa, la creación del derecho fundamental de protección de datos (a partir de la STC 254/1993) o en los desarrollos de derechos de configuración legislativa como la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), la libertad personal (art. 17 CE), la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) o el derecho de participación política (art. 23 CE). El capítulo segundo del Título I de nuestra Constitución, a diferencia de lo que ocurría cuando entró en vigor en 1978, tan sólo es hoy apenas un índice de contenidos desarrollados de modo abundante y posterior por las vías legal y judicial.

De ahí que el presente trabajo se contraiga al análisis de la reciente jurisprudencia constitucional española que gravita sobre la utilización expresa del canon de interpre-

⁹ Son legión los autores contemporáneos que advierten contra el excesivo arbitrio judicial. Entre ellos, Luigi Ferrajoli («Contro la giurisprudenza creativa», en *Questione Giustizia*, n. 4, 2016, pp. 1-17), quien identifica como causa del «crecimiento patológico de la discrecionalidad judicial» las insuficiencias de las leyes (demasiadas, carencias graves de técnica legislativa, etc.), la estructura multinivel de los actuales ordenamientos, el crecimiento del Estado social con sus consiguientes demandas de justicia concreta y la tendencia del propio poder judicial a incrementar su poder.

tación evolutivo a partir de la doctrina del *living tree* o árbol vivo. Esto ha ocurrido en tres asuntos de enorme relevancia social y jurídica y de alto (e inflamable) contenido ideológico como son la validez constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo y el reconocimiento del aborto y de la eutanasia activa directa y el suicidio asistido por personal sanitario como derechos. Son las SSTC 198/2012, 44/2023 y 19 y 94/2023, respectivamente.

En primer lugar, pues, analizaremos los perfiles de uso de dicha doctrina en esos tres asuntos para, a continuación, pasar a examinar críticamente el método de interpretación del árbol vivo en general y en su aplicación a los casos descritos.

II. La doctrina del árbol vivo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

La STC 44/2023, relativa al problema de la validez constitucional de la Ley orgánica 3/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en su fundamento 2.B) a), sintetiza la aplicación del canon exegético de «la realidad social» de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cinco ocasiones: la protección frente al excesivo ruido ambiental que deriva de la sociedad tecnológica por la vía del derecho de integridad (art. 15 CE), en la STC 119/2001; la lucha contra la violencia de género (STC 59/2008); el matrimonio entre personas del mismo sexo (STC 198/2012); la discriminación por razón de sexo (SSTC 108/2019 y 153/2021) y el impacto de las redes sociales en la ponderación entre el derecho al honor y la intimidad personal y las libertades comunicativas (STC 8/2022). La magistrada C. Espejel, en su voto discrepante (p. 4), sostiene, por su parte, que los precedentes citados no son supuestos equiparables a la utilización de la doctrina del árbol vivo en la STC 44/2023 y que no crearon derecho fundamental nuevo alguno, a diferencia del reconocimiento del aborto que tal Sentencia lleva a cabo.

No comparto del todo ninguna de las dos posturas. El uso expreso de la doctrina de la Constitución como árbol vivo para legitimar la creación de un nuevo derecho fundamental sólo se produce en la Sentencia sobre matrimonio entre personas homosexuales (STC 198/2012), en las Sentencias sobre eutanasia (STC 11 y 94/2023, aunque, inexplicablemente, la STC 44/2023, sobre el aborto, no cita la primera de ellas, la STC 11/2023, que es, obviamente, anterior) y en la Sentencia sobre el aborto de 2023 (STC 44/2023). En el resto de casos no sólo no se cita la doctrina de la *living Constitution*, es que ni siquiera se alude al criterio de la interpretación evolutiva. De modo que, en contra de lo que indica el Tribunal en la STC 44/2023, de todos los casos invocados como precedentes sólo sirve uno, el del matrimonio de las personas del mismo sexo. Y, en contra de lo que afirma C. Espejel, sí hay al menos un caso, ese caso, que puede valer como precedente. De todas las maneras, nadie recuerda la STC 11/2023 sobre eutanasia y suicidio asistido como precedente, aunque claramente lo es.

Así pues, el Tribunal Constitucional español ha utilizado la doctrina de la Constitución como «árbol vivo» de modo significativo, como auténtica *ratio decidendi* y no como un simple *obiter dictum* y nada menos que para «crear» un derecho fundamental

nuevo, sólo en tres decisiones tan relevantes como complejas y socialmente divisivas (al menos, en su momento): las relativas al lugar constitucional del matrimonio homosexual, de la eutanasia y el suicidio asistido y del aborto. Veamos de qué modo porque, en la medida en que el Tribunal Constitucional aún no ha perfilado del todo tal construcción teórica (y por eso ni siquiera ofrece seguridad cuando intenta identificar su jurisprudencia), lo hará de modo parcialmente diferente en cada uno de los tres asuntos.

1. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

La STC 198/2012 resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del Código Civil, mediante la Ley 13/2005, en materia de derecho a contraer matrimonio. Concretamente, se impugnaba la adición del segundo párrafo del art. 44 CC: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Pues bien, el Tribunal Constitucional fallará que esta modificación legal es plenamente constitucional, aunque a la decisión le acompaña el voto discrepante de tres magistrados y el concurrente de otro.

La argumentación del Tribunal se refiere a dos puntos, de un lado, el derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32 CE), de otro, la compatibilidad de la adopción conjunta por dos personas homosexuales con la protección constitucional de la familia (art. 39 CE). El primero se divide, a su vez, en dos aspectos, el subjetivo-individual de la libertad de contraer matrimonio¹⁰ y el objetivo-institucional del ataque o no a la institución matrimonial garantizada por la Constitución. Este último es el centro de gravedad de la Sentencia. El matrimonio es un instituto reconocido por la Constitución y, por tanto, goza de su protección; es decir, se trata de una garantía de instituto, que se halla protegida constitucionalmente frente a las leyes que puedan suprimirla o desnaturalizarla. El punto crítico es si la nueva regulación del matrimonio desnaturaliza el matrimonio. El Tribunal considera que la regulación constitucional del matrimonio, que procede de 1978, se refiere al matrimonio heterosexual. Pero observa que, aunque el art. 32 CE se refiere a «hombre y mujer» como titulares del derecho (porque perseguía, sobre todo, la plena igualdad jurídica entre el casado y la casada), no prohíbe tampoco expresamente la posibilidad del matrimonio homosexual. A partir de esta falta de prohibición expresa, la Sentencia acude a la interpretación evolutiva, a la doctrina de la Constitución como un «árbol vivo» para concluir que la nueva regulación desarrolla la institución del matrimonio conforme a la cultura jurídica actual, «sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea» (FJ 9).

¿A qué elementos de la «cultura jurídica» acude el Tribunal para alcanzar esta conclusión? A cuatro: el derecho comparado (mostrando la tendencia creciente al recono-

¹⁰ En relación con el derecho a contraer matrimonio desde el punto de vista individual, el Tribunal examina si la nueva regulación del matrimonio viola o no su contenido esencial, concluyendo que no, porque los heterosexuales podrán seguir contrayendo matrimonio en las mismas condiciones que antes de la regulación y los homosexuales podrán hacerlo a partir de ella (es decir, no sólo no se viola el contenido esencial del art. 32 CE, sino que se amplían sus titulares).

cimiento del matrimonio homosexual en varios ordenamientos de la cultura jurídica occidental —se cita a México, por ejemplo), el derecho internacional de los derechos humanos, a cuya luz se deben interpretar los derechos fundamentales españoles según el art. 10.2 CE¹¹, las estadísticas oficiales que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio homosexual (desde 2005 hasta finales de 2011 se celebraron 22.124 matrimonios entre personas homosexuales) y la doctrina científica, en la que, aunque no exista una posición unánime, la tendencia creciente es favorable al reconocimiento de la validez jurídica del matrimonio homosexual.

Ésta es, en síntesis apretada, la argumentación de la Sentencia. No puedo dejar de hacer notar, sin embargo, que, incluso estando de acuerdo con la validez jurídica del matrimonio homosexual e incluso de la adopción por personas homosexuales¹², el razonamiento del Tribunal no me parece particularmente consistente. La utilización del canon evolutivo por parte de la Sentencia no es correcta desde el punto de vista técnico. La utilización de los elementos de la «cultura jurídica» que traza la Sentencia para demostrar la evolución de la institución es superficial y nugatoria. La mezcla de los cuatro es criticable porque el parámetro internacional es vinculante, mientras que los otros tres no. En el elemento comparado no se destaca lo suficiente que no todos los Estados equiparan las uniones homosexuales al matrimonio. El argumento internacional no prueba nada porque el sistema europeo deja a los Estados libertad de regulación. El empleo de estadísticas es problemático (no sólo porque nunca te puedes fiar de una estadística que no hayas manipulado tú mismo; también se incurre en la trampa de ignorar que un gran número de los españoles no aprobaban en ese momento la adopción por homosexuales) y la invocación de la doctrina, sin nombres, es perfectamente prescindible.

¹¹ La Sentencia cita el caso *Schalk y Kopf v Austria*, de 24 de junio de 2010, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; según dicho Tribunal, el art. 12 del Convenio de Roma, referido al matrimonio, ni impone ni prohíbe a los Estados miembros que reconozcan el matrimonio homosexual; en el mismo sentido cabe entender el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹² La Sentencia es opinable por lo que dice, pero también, y, sobre todo, por lo que no dice: llama la atención, en efecto, que ni la Sentencia ni los votos particulares tengan en cuenta de modo significativo el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de orientación sexual que el Tribunal Constitucional ha hallado en la penumbra de las causas de discriminación prohibidas del art. 14 CE. Aplicar este derecho al caso, como han hecho otras jurisdicciones que se citan en la sentencia (la norteamericana y la canadiense, por ejemplo), o como se ha hecho a mi juicio de modo admirable en la Sentencia Atala Riffo de la Corte Interamericana (2012), debería haber conducido a enfocar la cuestión no tanto a partir de las razones que justifican el cambio de la institución matrimonial (que el Tribunal identifica a partir de la evolución de la cultura jurídica y la opinión pública), sino desde la pregunta de si hay razones que fundamenten de modo persuasivo un trato diferente a homosexuales y heterosexuales respecto del derecho de acceso al matrimonio. Esta perspectiva hubiera generado otra sentencia, probablemente con el mismo fallo, pero con una argumentación más sólida. En mi opinión, la lectura conjunta del art. 32 con el art. 14 CE habría podido validar la constitucionalidad del matrimonio homosexual de un modo más consistente desde el punto de vista jurídico. Porque lo que ha experimentado una evolución no es tanto el matrimonio como la propia visión de la homosexualidad, que en 1993 aún se encontraba en el catálogo de enfermedades de la OMS y tan sólo diez años después se consideraba generalmente como un ejercicio válido de un derecho fundamental. ¡Es realmente sorprendente que una Sentencia en 2012 resuelva un caso de Derecho antidiscriminatorio sin aplicar absolutamente nada el Derecho antidiscriminatorio!

En su opinión concurrente, el magistrado M. Aragón rechaza también este concepto aplicado de «cultura jurídica», al que califica de «sociologismo jurídico» y discrepa de la utilización por la mayoría del concepto de «interpretación evolutiva», ya que mediante ella «no se puede hacer decir a la norma lo contrario de lo que dice» (puesto que la imagen maestra del matrimonio en la Constitución de 1978 es la de la unión entre hombre y mujer). Aragón reconoce un cambio en la conciencia social que permite justificar que la opción legislativa elegida (equiparar el matrimonio homosexual al heterosexual) no es inconstitucional, pero discrepa de un uso de la interpretación evolutiva que lleve no a interpretar la Constitución, sino a cambiarla, eludiendo el proceso de reforma y convirtiendo al Tribunal Constitucional en dueño de la Constitución y en el poder constituyente permanente. «La Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribir sin límites su Supremo intérprete». En definitiva, Aragón observa que la Sentencia llama interpretación evolutiva a lo que, en realidad, no lo es y que, además, su uso pone en jaque el carácter normativo de la Constitución¹³.

2. LA EUTANASIA Y EL SUICIDIO ASISTIDO

En las SSTC 11 y 94/2023, el Tribunal utiliza el criterio sistemático, es decir, lee el deber estatal de protección jurídica de la vida del art. 15 CE en concordancia con el principio (art. 10.1 CE)/derecho (art. 15 CE) de libertad entendida como derecho a decidir sobre uno mismo como facultad derivada del ejercicio de la integridad personal. Y usa, sin decirlo, el criterio teleológico al intentar persuadir por qué el entendimiento de la libertad constitucional da cobijo a la ampliación de su sentido original hasta el punto de incluir la autodeterminación en contexto eutanásico. De nuevo, se invoca la doctrina de la Constitución como árbol vivo que «se acomoda a las realidades de la vida moderna... a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta»¹⁴ y se afirma expresamente la posibilidad de que por esta vía se creen judicialmente «nuevos derechos» (fundamentales). Tanto E. Arnaldo como C. Espejel critican en sus votos discrepantes la utilización del criterio evolutivo porque, se dice, la Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribirse sin límites. Es evidente en su postura la influencia del voto concurrente de M. Aragón a la STC 198/2012, aunque no lo citen.

¹³ En un sentido semejante, entre otros: Miguel Ángel Recuerda Girela, «La interpretación evolutiva de la Constitución», en *Diario del Derecho*, Iustel, 3 de julio de 2023, p. 1; Francisco Javier Matia Portilla, «Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo», *Teoría y Realidad Constitucional*, 31, 2013, p. 543.

¹⁴ FJ 6, citando el famoso FJ 9 de la STC 198/2012: «Y no sólo porque se trata de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos y particularmente el legislador van actualizando paulatinamente esos principios y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permite leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico».

Al pretender identificar cuál es la razón de ser del derecho de integridad personal del art. 15 CE, el Tribunal Constitucional lo hace desde un entendimiento contemporáneo de la idea constitucional de la libertad/autonomía personal. Y tal entendimiento no se prueba por unas estadísticas traídas de modo descontextualizado o de opiniones doctrinales que no se citan, como en la STC 198/2012, ni apelando, como se hace en el fundamento jurídico cuarto de la STC 19/2023, a una evanescente «evolución cultural, moral y jurídica» de la sociedad que se da por obvia y ni siquiera se intenta demostrar con alguna prueba, sino, en realidad, de dos fuentes que componen, a mi juicio, lo que J. M. Pabón de Acuña («La interpretación...», cit., p. 286) denomina «la consistencia objetiva de los cambios sociales capaces de imprimir un nuevo significado a los textos (legales)»: una interna, ligada al desarrollo de la idea de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, del art. 10.1 CE, que permite esclarecer el elemento teleológico, la *ratio legis* de la disposición, y otra internacional, vinculada al canon internacional del art. 10.2 CE. Por ambas vías parece razonable entender que el sentido y finalidad del derecho de integridad personal del art. 15 CE incluye un nuevo sentido que no había sido previsto inicialmente: el derecho a recibir ayuda para morir en contexto eutanásico. Obsérvese que, a diferencia del asunto del matrimonio entre personas del mismo sexo, no se tensiona aquí de modo alguno el tenor literal del art. 15 CE porque la idea de «integridad personal» es lo suficientemente abstracta como para incorporar esta nueva dimensión sin problema alguno. ¿Se trata, en cuanto al producto de la interpretación teleológica combinada con la internacional de un nuevo sentido inicialmente no previsto, lo que yo he llamado un «derecho implícito» o estamos en presencia, más bien, de un cambio radical de sentido, es decir, de un «derecho transformado»: lo que antes se prohibía ahora se permite? En realidad, hasta la LORE, la ayuda a morir en contexto eutanásico era un delito atenuado, no un derecho, pero también es cierto que nunca hasta ahora se había preguntado al Tribunal Constitucional sobre la validez constitucional de la eutanasia y el suicidio asistido, de modo que sólo contábamos, antes de las sentencias en examen, con la evidente voluntad de prohibición de los constituyentes y con la interpretación del derecho constitucional a la vida del art. 15 CE que había venido realizando el legislador penal. A falta de prohibición constitucional expresa de la prestación de ayuda para morir, corresponde al Tribunal Constitucional, como intérprete auténtico de la Constitución fijar doctrina. En otras palabras, aunque realmente sí podemos considerar que las sentencias en examen han transformado el sentido inicial del art. 15 CE, formalmente sólo han hallado en la penumbra del art. 15 CE una facultad más, una facultad nueva, pero deducible tácita o implícitamente del mismo. El Tribunal ha arrojado luz sobre una parte de la Constitución no escrita. Obviamente, el papel del canon evolutivo es mayor en el caso de las sentencias que reconocen derechos transformados que en el supuesto de derechos implícitos. En el caso de la eutanasia y el suicidio asistidos, nunca antes de las sentencias en examen el Tribunal Constitucional había emitido interpretación alguna (por lo que podría considerarse el «nuevo» derecho como un derecho «implícito» del de integridad personal), aunque existía un tipo penal de homicidio atenuado para ellas y la prohibición de tales conductas era admitida mayoritariamente en nuestra cultura jurídica (y, por consiguiente, las sentencias 19/2023 y 94/2023 habrían, en realidad,

transformado o revocado la interpretación dominante anterior, no tanto de su propia jurisprudencia, como de la cultura jurídica española en general).

A mi juicio, sí estamos en presencia de un derecho fundamental, pero, y esto es importante distinguirlo, no se trata de un «nuevo» derecho fundamental, sino de una nueva facultad de un derecho fundamental ya existente, que es la libertad de decisión de las personas para elegir cuándo y cómo morir en un contexto eutanásico. Así pues, es, como antes se avanzó, un derecho implícito o, incluso quizá, un derecho transformado en relación con un derecho fundamental existente. Pero no, en realidad, un «nuevo derecho fundamental», a diferencia de lo que exclaman las sentencias un tanto superficialmente. La ampliación, defendible desde el punto de vista teleológico, del contenido de la «integridad» personal del art. 15 CE, la consideración de que en ese concepto se pueden amparar conductas de libertad en relación con el proceso de toma de decisiones del final de la propia vida, bajo ciertas condiciones, el uso del canon internacional con la emergencia de esa nueva facultad del derecho de respeto a la vida privada (art. 8 CEDH) que es el derecho de autodeterminación en contexto eutanásico, permiten entender razonablemente que estamos en presencia de una nueva concreción (ya sea implícita o transformada) de un derecho fundamental explícito.

3. EL ABORTO

La utilización de la doctrina de la Constitución como árbol vivo en la STC 44/2023 (FJ 2.B) a) es mucho más superficial que en los otros dos casos examinados: se contrae, apenas, a la cita extensa del FJ 9 de la STC 198/2012, a la mención (confusa, como se ha indicado) de los precedentes jurisprudenciales, a la alusión al empleo de este enfoque «dinámico y evolutivo» por parte del Tribunal europeo de derechos humanos al interpretar el Convenio de Roma y a la afirmación apodíctica de que el Tribunal Constitucional «debe interpretar la Constitución atendiendo al concreto contexto histórico» (se supone, aunque no se diga, del momento en que se aplica, no en el que se aprueba¹⁵).

Sorprende, por ello, la importancia que atribuye a la interpretación evolutiva en la lógica de la Sentencia el voto discrepante de los magistrados R. Enríquez, E. Arnaldo y C. Tolosa, para quienes se usa por la mayoría como la verdadera razón justificadora del aborto como nuevo derecho fundamental. No coincido con esta tesis. La alusión a la doctrina del árbol vivo en la Sentencia es esquemática, superficial y rutinaria y el verdadero criterio exegético que se toma en consideración es, en realidad, el teleológico (el ejercicio del derecho a la integridad personal de la gestante incluye la maternidad libremente asumida), reforzado (aunque no con la contundencia que se produce en

¹⁵ Esto resulta crucial porque el elemento evolutivo es también un criterio histórico, pero a diferencia de este no toma el sentido inicial de la norma cuando se aprobó como punto de llegada, sino como punto de partida. La tarea del intérprete no es simplemente «reproductiva» del pensamiento original del texto legal, sino que siempre es «productiva» porque «es percibido según la situación temporal del intérprete, por lo que su labor es siempre creadora de nuevos significados» (José María Pabón de Acuña, «La interpretación...», cit., p. 55).

relación con la eutanasia) por el canon internacional de interpretación de nuestros derechos.

En todo caso, el voto discrepante es interesante porque, en su párrafo cuarto, de nuevo vuelve a hacerse eco de las claves argumentativas del voto concurrente de M. Aragón en la STC 198/2012, como también se hará en la STC 44/2023 sobre el aborto, pero esta vez se llega más lejos y se enuncia un principio que podríamos denominar de máxima restricción de la función exegética del Juez constitucional: Si hay que reconocer nuevos derechos fundamentales, acúdase a la reforma constitucional. Todo lo demás es un exceso de jurisdicción. Hasta el punto de que: «No le corresponde al Tribunal Constitucional reescribir la Constitución para crear, descubrir o deducir nuevos derechos fundamentales, sustituyendo al poder constituyente permanente».

4. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS EN LA APLICACIÓN DEL CRITERIO EVOLUTIVO EN LOS TRES ASUNTOS

De lo expuesto se deduce que, aunque sólo en los tres temas mencionados (matrimonio entre personas del mismo sexo, eutanasia y aborto) ha empleado expresamente el Tribunal Constitucional la doctrina de la Constitución como árbol vivo para reconocer nuevos derechos o nuevas facultades de derechos ya existentes, lo cierto es que lo ha hecho con mayor relevancia en algunos que en otros. Desde luego, ha sido decisiva para validar el matrimonio entre personas del mismo sexo en la STC 198/2012; las SSTC 11 y 94/2023 la han invocado con vehemencia respecto de la eutanasia y el suicidio asistido, aunque, en realidad, como veremos, ha jugado un peso menor; y la relevancia de la doctrina en examen ha tenido menos densidad en la STC 44/2023 en relación con el aborto.

Lo que parece evidente es que la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional ha optado por abrazar la doctrina de la Constitución como árbol vivo como una suerte de variedad del canon exegético tradicional de la interpretación evolutiva para los casos más extremos de reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, lo que nos conduce derechamente a un examen crítico de la emergencia y sentido de dicha doctrina. Sobre todo, porque, en la evolución expuesta, el Tribunal parece conformarse con repetir la doctrina expuesta en el FJ 9 de la Sentencia 198/2012 como si todos los casos fueran idénticos, como si dicha doctrina no requiriera mayor esfuerzo argumental o como si el asunto fuera claro. En la última Sentencia en el tiempo, la STC 44/2023, sobre el aborto, se reitera la doctrina de la STC 198/2012 aún de modo más simplificado, tipo invocación ritual sacramental que produce una suerte de *ex opera operato*.

Y, sin embargo, como hemos podido comprobar, la invocación por parte del Tribunal de la doctrina de la Constitución como «árbol vivo» en los tres casos no se corresponde, en realidad, con su utilización precisa. Sí, quizá, en la primera, la del matrimonio entre personas del mismo sexo, porque el texto literal del art. 32.1 CE se refiere al «hombre y la mujer», ciertamente no para prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino para garantizar la plena igualdad jurídica entre mujeres y hombres en el seno de la institución matrimonial, pero es evidente que ello implica

una imagen maestra de dicha institución en el texto constitucional en la que la heterosexualidad de los contrayentes (una tradición de milenios) es fundamental. Es decir, en este asunto, se invoca la doctrina del árbol vivo, que se intenta probar con algunos datos, más o menos discutibles, lo que no ocurre en las sentencias posteriores, porque el tenor literal e histórico del precepto jugaba, en principio, como un muro que sólo una interpretación evolutiva podía horadar. En los dos otros casos, el uso de la interpretación evolutiva resultaba notoriamente más sencilla porque no concurría esta limitación exegética inicial, de modo que ha sido fácil incluir en un concepto tan abstracto como el de «integridad» personal del art. 15 CE (y no hablemos ya de la dignidad humana o del libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE) conductas como el aborto o el suicidio asistido y la eutanasia, aunque sea de modo limitado.

Ahora bien, cabe preguntarse si para alcanzar ese resultado exegético de ampliación de contenido de derechos fundamentales ya reconocidos era realmente necesario acudir a la doctrina del *living tree*. Veamos esto con algún detenimiento.

III. Análisis crítico de la doctrina de la Constitución como «árbol vivo»

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la *living tree doctrine* procede inicialmente de un país, Inglaterra (y no Canadá, por cierto, en contra de lo que suele decirse) que pertenece a la tradición del *common law*, sensiblemente diferente del modelo codificado nuestro en cuanto al papel de los jueces y la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del Derecho. Y se trae, además, de un modo que, quizá, está descontextualizado respecto del original. Basta leer alguna bibliografía canadiense reciente (Bradley W. Miller, «Origin Myth: the Person's Case, the Living Tree and the New Originalism», en *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, G. Huscroft y B. Miller (eds.), Cambridge University Press. Boston, 2011, pp. 1-31; A. Honickman, «The original living tree», *Constitutional Forum*, 28, 2019, pp. 29-35) para darse cuenta de que su sentido es ambiguo pero que, principalmente, se alude con ella a la preferencia de una interpretación judicial «amplia y liberal» de la Constitución (en la propia fórmula que emplea la Corte Constitucional canadiense) frente a otra «estricta y formalista» que intenta, sobre todo, aclarar el significado de la norma a partir de la voluntad de sus autores. En otras palabras, es un criterio exegético diametralmente opuesto a la corriente «originalista». Así pues, el Tribunal Constitucional español planta, pues, un árbol vivo, sí, pero exótico en un jardín de plantas autóctonas, porque en España no se plantea ese debate sobre la utilidad, por encima de todo, de la intención de los creadores de la norma como límite de la creación judicial de los derechos.

La primera decisión donde se acuña la feliz expresión, como se ha indicado, no es canadiense, sino británica: la Sentencia Edwards del Comité Judicial del *Privy Council* del Reino Unido (1929). El caso que se resuelve reviste gran interés (Wilfrid J. Waluchow, «Strauss, democracia y constitucionalismo del árbol vivo», en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?!=4052>, 2016, p. 235) y no sólo porque acuña la doctrina tantas veces citada. Emily Murphy, una activista social de Alberta se presenta

para senadora federal pero se rechaza su candidatura porque, a los efectos de la «Constitución» aplicable¹⁶, se venía entendiendo que la palabra «persona» que se empleaba como condición de elegibilidad se refería sólo a los varones y no a las mujeres. Murphy y otras cuatro feministas («las Cinco Famosas») recurren esa decisión ante la Corte Suprema de Canadá, que falla en contra de ella¹⁷ entendiendo que las mujeres eran incapaces para ejercer cargos públicos. Las Cinco recurren al Comité Judicial del *Privy Council* del Reino Unido, el tribunal más alto de apelaciones bajo el derecho canadiense en ese momento. El 18 de octubre de 1929, Lord Sankey, *Lord Chancellor* del *Council*, anuncia que la decisión es que la palabra «persona» de la *British North America Act* (1867) sí incluye a las mujeres y, por tanto, que las recurrentes eran elegibles como senadoras: «La exclusión de las mujeres de todos los cargos públicos es una reliquia de días más bárbaros que los nuestros». Y argumenta que «la *British North America Act* plantó en Canadá un árbol vivo capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales... no es deber de esta institución limitar sus disposiciones mediante una interpretación estricta y formalista, sino darle una interpretación amplia y liberal tal que el Dominio (canadiense) sea en una gran medida, pero dentro de determinados límites, el amo de su propia casa».

El constitucionalismo vivo canadiense, advierte Waluchow («Strauss...», cit., p. 257) permite, a través de «una genuina interpretación constitucional» hacer crecer las «disposiciones constitucionales abstractas», adaptándolas a los cambios (morales, sociales y políticos), pero «sin perder su identidad», y nunca «a través de una “construcción” de naturaleza político-ideológica. Como observa Honickman («The original...», p. 32), «lo que es claro es que el *Privy Council* no entendía esa doctrina del árbol vivo con el significado de que la Constitución debería cambiar para reflejar los valores de la sociedad moderna».

El caso Edwards es un magnífico ejemplo. Ciertamente, la palabra «persona» de la Ley aplicable para poder acceder a los cargos públicos, según el entendimiento de sus autores (1867), aludía sólo a los varones¹⁸. La interpretación evolutiva del *Privy Council* en 1929, 62 años después de la entrada en vigor de la Ley, amplía el significado inicial de la norma, incluyendo a las mujeres, pero eso no sólo es una ampliación, sino, en realidad, una transformación radical del sentido inicial porque a partir de ese momento se permite algo que antes estaba vedado (el acceso de las mujeres a los cargos públicos). Decisivo me parece que esta operación intelectual supone optar por un método exegético que no concede relevancia determinante a la tradición histórica ni a la intención de los autores de la norma en 1867, es decir, se rechaza el originalismo, la *voluntas legislatoris*, y se elige, más bien, el criterio de la *voluntas legis*, esto es, el significado que deba concederse al concepto «persona» en 1929. Pero más determinante

¹⁶ Que, en la época, era una ley del Parlamento inglés, la *British North America Act* (1867), que regulaba las instituciones políticas de Canadá con gran autonomía, pero aún dentro de un esquema colonial. Estuvo vigente hasta la Constitución de Canadá de 1982.

¹⁷ Unos años antes (1917), la Corte Suprema de Alberta había fallado a favor de Murphy para el acceso a la función pública (Wilfrid J. Waluchow, «Strauss...», cit, p. 231).

¹⁸ El *common law* de la época no admitía que las mujeres pudieran acceder a los cargos públicos y la redacción de la Ley estaba claramente masculinizada (Wilfrid J. Waluchow, «Strauss...», cit., p. 236).

todavía es el hecho de que esto se puede hacer porque, en definitiva, la nueva interpretación no quebranta el tenor literal del concepto «persona» que es lo suficientemente abstracto como para incluir en su seno a las mujeres junto con los varones. Si en la Ley se hubiera utilizado expresamente la palabra «varones» como condición de elegibilidad, estoy seguro de que la metáfora del árbol vivo no habría nacido en esa ocasión.

En segundo término, no se me alcanza por qué al canon evolutivo no le llama el Tribunal Constitucional del modo clásico entre nosotros: el canon sociológico del art. 3.1 del Código Civil, según el cual, las normas habrán de ser interpretadas de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Criterio, por lo demás, común en todos los ordenamientos nacionales e internacionales¹⁹. Ciertamente, la enorme singularidad de la Constitución como norma jurídica determina que su interpretación sea también singular respecto de la interpretación de las leyes y otros tipos normativos, pero no hasta el punto de que los criterios exegéticos generales²⁰ no resulten aplicables.

En cualquier caso, insisto, no tiene mayor sentido traer a las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional una doctrina que sólo es explicable en su propio contexto nacional (aunque, por supuesto, haya algunas semejanzas). Entre nosotros, el criterio evolutivo no surge como una alternativa a las interpretaciones «originalistas» al estilo canadiense, sino que es otra cosa.

Nos recuerda Miguel Ángel Pérez Álvarez (*Realidad social y jurisprudencia. Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas*, Colex, Madrid, 2005, pp. 17 ss.) cómo este criterio, antes de su reconocimiento legal, lo acuña el Juez José Castán en una Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1934²¹ para aplicar un artículo de la Constitución de 1931 (art. 43, que permitía la investigación de la paternidad) frente al art. 140.2 del Código Civil (que venía siendo restrictivamente interpretado por la jurisprudencia anterior del Supremo, de modo que sólo se permitía la investigación de la paternidad en caso de delito o reconocimiento indubitado del padre). La cuestión litigiosa era si podría considerarse esas pruebas aportadas como ese «reconocimiento indubitado». La jurisprudencia del

¹⁹ Respecto de su importante peso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *vid.*: R. Canosa Usera, «La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 79-112.

²⁰ Que, además del sociológico, son los acuñados en su momento por Savigny a partir del Derecho Romano. La interpretación, señala este autor («Interpretación de las leyes...», cit., 186) es «un arte», «una operación intelectual que tiene por objeto el reconocimiento de la ley en su verdad» (p. 184). Es la reconstrucción del pensamiento (o sentido) contenido en la ley. Cuatro elementos se distinguen en ella, a saber: el gramatical (las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento), el lógico (la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes), el histórico (el estado del derecho existente sobre la materia en la época en que la ley ha sido dada... este elemento debe esclarecer el cambio por ella introducido) y el sistemático (el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad) (Savigny, p. 187).

²¹ *Repertorio de Jurisprudencia*, ed. Aranzadi, 1934, Tomo III, 1.ª ed., pp. 877-880. El problema de fondo debatido era si unas cartas y unas fotografías en las que el presunto padre biológico designa como hijos a dos niños puede entenderse como reconocimiento de filiación que exige el art. 140 del Código Civil en orden a ejercitar una acción de paternidad y pago de alimentos en favor de hijos ilegítimos.

Supremo anterior no lo hubiera hecho, pero en esta Sentencia se cambia el criterio utilizando por primera vez el criterio «histórico-evolutivo». Y como prueba de esa evolución se presenta, precisamente el art. 43 de la Constitución que «no es una norma jurídica completa mientras no se dicte la oportuna legislación complementaria», pero que «revela un estado de conciencia en la comunidad política... para derogar o amputar el Derecho civil en vigor, ha de ejercer influencia sobre él en el terreno meramente interpretativo, a los fines de sustituir, dentro del respeto debido a los textos, el rígido criterio del Código Civil». El Supremo califica el nuevo elemento histórico-evolutivo como «doctrina prudente y de muy general aceptación» que complementa los criterios gramatical y lógico y que está integrado «por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento». Tales factores no autorizan a «modificar o inaplicar la norma» y requiere su uso «mucho tino y prudencia» porque «envuelve grave riesgo de arbitrariedad al entregar al criterio subjetivo del juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia moral de un pueblo». Por ello, su aplicación es más segura «cuando se trata no de estados de conciencia todavía nebulosa o en vías de formación, sino de tendencias o ideas que han penetrado ya en el sistema de legislación positiva» (como en el caso era, precisamente, el art. 43 de la Constitución).

Así pues, la primera vez que se utiliza el canon sociológico en España ¿se hace para aplicar la Constitución no como norma vinculante, sino como principio interpretativo en cuanto exponente de un cambio de concepción de la realidad social en materia de filiación no matrimonial! Se recurre al canon evolutivo para aplicar la Constitución frente al Código Civil²². Realmente curioso. Pero resulta más curioso aún que, en puridad, no se utiliza para extender derecho alguno (en este caso, la investigación de paternidad), sino para cambiar una línea jurisprudencial (haciendo más flexible el reconocimiento de paternidad de los hijos ilegítimos —adulterinos, en este caso) y, además, no hubiera hecho falta acuñar en este caso el elemento evolutivo porque el criterio que en realidad se emplea es el sistemático (que en la Sentencia ni siquiera se menciona) al leer el Código Civil a la luz de otra norma, la Constitución. El debut del elemento sociológico o histórico/legislativo en el ordenamiento español no ha sido, por tanto, especialmente brillante²³.

Algo que también puede predicarse de los tres casos que estamos examinando ahora. En un trabajo anterior (*Derecho Antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 314 ss.) ya intenté explicar, por ejemplo, por qué el uso del canon evolutivo en la Sentencia 198/2012, sobre matrimonio de personas homosexuales, me pareció inadecuado²⁴. Por supuesto, el homo-matrimonio está amparado, a mi juicio,

²² La «venganza» de la superioridad jerárquica de la Constitución sobre el Código Civil llegó años después en la STC 80/1982 donde por primera vez se niega el carácter programático de la Constitución, precisamente en otro asunto de igualdad entre hijos.

²³ De «un difícil rodeo» habla José María Pabón de Acuña, «La interpretación...», cit., 268, para evitar la aplicación directa de la Constitución.

²⁴ La *ratio dedicensi* fue la invocación de la doctrina del árbol vivo, concretada en una lectura del derecho constitucional al matrimonio entre «hombre y mujer» (art. 32.1 CE) con las gafas de «la cultura jurídica actual», esto es, el recurso al derecho comparado (que en esa época arrojaba justo las conclusiones

por la Constitución, pero no del modo en que se explica en la Sentencia 198/2012 por una evanescente interpretación evolutiva, sino porque ello se deriva del empleo de otros dos cánones: el sistemático, tras la lectura del derecho constitucional del matrimonio (art. 32.1 CE) a la luz de la prohibición constitucional por orientación sexual (art. 14 CE), y el teleológico, que siempre es el principal, como sabe bien la literatura civilista [Miguel Ángel Pérez Álvarez: «Artículo 3», en *Código Civil comentado* (Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablos Contreras, Francisco Javier Orduña y Rosario Valpuesta, eds.), vol. I, Navarra, 2011, p. 61), entre otras razones no menores porque eso es lo dispuesto por el art. 3.1 del Código Civil²⁵, que es la mejor vía para justificar por qué las personas del mismo sexo han de ser titulares del derecho constitucional del matrimonio a pesar de que el art. 32.1 CE se refiere explícitamente a «hombre y mujer»²⁶.

Es evidente que, en esta interpretación, cuyos métodos son el sistemático y el teleológico y cuyo producto o resultado en la ampliación del sentido original del art. 15 CE, juega también el criterio evolutivo, pero lo hace, como suele ocurrir en su caso, de un modo auxiliar o ancilar respecto del teleológico.

Esta tesis se puede comprobar también respecto de la jurisprudencia examinada sobre eutanasia y el suicidio asistido y el aborto. En realidad, pese a la enfática invocación expresa de la doctrina del árbol vivo, el canon exegético verdaderamente decisivo ha sido, de nuevo, el teleológico, la *ratio legis*: el cabal significado que quepa atribuir al derecho de integridad personal, y a la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad, ciertamente leídos con el sentido contemporáneo y no con el que tenía en 1978 cuando se aprobó el art. 15 CE²⁷, para lo cual es útil y necesario acudir al criterio internacional. Es decir, el criterio evolutivo se aplica, sí, pero en el marco de la interpretación teleológica, que es la central. Tanto, que la argumentación del Tribu-

puestas porque ningún otro Estado había reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo), el derecho internacional de los derechos humanos (que tampoco era, ni mucho menos, concluyente), algunas encuestas del CIS (sin mayor rigor) y alguna doctrina (que no se citaba).

²⁵ La interpretación ha de hacerse «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad» de las normas. No está de más, a mi juicio, «civilizar» de vez en cuando al Derecho Constitucional. Por cierto, hay que observar que la regla general del Código en materia de contratos y de testamentos es la gramatical: los arts. 675 y 1281 mandan estar al sentido literal de sus respectivas cláusulas (José María Pabón de Acuña, «La interpretación...», cit., p. 24).

²⁶ En este caso, a diferencia de Edwards, la dicción literal del precepto dificultaba la ampliación de su sentido original. Es la superioridad, incluso, bajo ciertos límites, sobre el canon literal, del método teleológico, esto es, de la búsqueda de la razón de ser o finalidad de la norma la que puede explicar la validez del reconocimiento legal del matrimonio entre las personas del mismo sexo. Aplicado esto a la interpretación del art. 32.1 CE: que este se refiera a «hombre y mujer» perseguía la plena igualdad entre ellos respecto de la situación matrimonial, no excluir a las personas del mismo sexo. En todo caso, hubiera sido mejor solución jurídica haber reformado expresamente la Constitución en este sentido. Como ocurre también con la eutanasia y el suicidio asistido. Es la *impotentia reformandi* española la que somete al Tribunal Constitucional en ocasiones a un estrés partidista insoportable.

²⁷ Por eso no puedo compartir la radical tesis originalista, en realidad, del voto discrepante de la STC 44/2023 sobre la prohibición de descubrir nuevos significados de los enunciados constitucionales, porque eso significaría congelar la interpretación de la Constitución en el tiempo en el que fue aprobada e ignorar la existencia del criterio sociológico del art. 3.1 del Código Civil y su frecuente aplicación por los tribunales. ¿Podemos entender, por ejemplo, el término «familia» del art. 39.1 CE (o tantos otros) en 2024 del mismo modo que cuando se aprobó la Constitución en 1979?

nal no padecería en absoluto y podría alcanzar las mismas conclusiones y fallo sin mención alguna a la *living tree doctrine*. Primero, trayendo el canon sistemático considerando que aborto y eutanasia pueden tener estatura constitucional a partir de su conexión con los arts. 10.1 y 15 de nuestra Constitución, a pesar de que otros sentidos del art. 15 CE (el deber estatal de protección de la vida, propia y ajena) podrían militar en sentido opuesto. Segundo, valorando que el entendimiento contemporáneo de la dignidad, libertad e integridad personales comprende, de modo limitado, el ejercicio de estos derechos como manifestaciones de aquellas. En otras palabras, son los elementos sistemático y teleológico los fundamentales, y el evolutivo es un criterio auxiliar, junto con el internacional, para comprender mejor el canon teleológico.

IV. Conclusión: la doctrina del «árbol vivo», una metáfora especiosa

«Especioso» significa, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, algo hermoso y, a la vez, engañoso. Ambas características concurren con nuestra eufónica metáfora de la Constitución como «árbol vivo». Puede dar a entender que, concediendo un papel central y no ancilar o de modulación al criterio evolutivo, la justicia constitucional puede atribuir nuevos significados, por cambios de moralidad colectiva, a la Constitución incluso en contra de su significado a partir de los otros criterios. Pues no. La cuestión es que hay que interpretar su significado a la luz del momento de su aplicación y no de su aprobación, hace 45 años.

Para alcanzar dicha conclusión, no hace falta acudir a la doctrina del árbol vivo, que muestra todo su sentido en el contexto de una discusión propia del orbe anglosajón contra el originalismo como límite de creación de nuevos derechos (en este caso, radicalmente nuevos). El análisis de la jurisprudencia constitucional española ha intentado demostrar que, en realidad, el Tribunal, a partir del uso de dicha doctrina, trata como derechos nuevos en los casos de aborto y de eutanasia a lo que en realidad no lo es, sino que son ampliaciones del contenido de un derecho fundamental ya reconocido y para ello utiliza de modo central los elementos sistemáticos y, sobre todo, teleológico y no, en contra de lo que dice, el evolutivo. En el asunto de la validez del matrimonio homosexual sí se planteaban más dificultades porque el tenor histórico y literal del precepto podían operar, en principio, como un muro. El Tribunal, en vez de emplear el criterio sistemático y teleológico, considerando que hay que leer el derecho al matrimonio del art. 32.1 CE a la luz de la prohibición constitucional de la discriminación contra las personas homosexuales (art. 14 CE), optó por el camino más difícil e inseguro de estimar principalmente que el criterio evolutivo (deficientemente demostrado, por cierto) justificaba dicho reconocimiento. Creo que el Tribunal no empleó el criterio evolutivo en este caso con «el tino y prudencia» que aconsejaba la Sentencia del Supremo de 1934 antes analizada.

Por supuesto, haber reformado la Constitución en estos tres asuntos hubiera sido mejor elección. Mejor el parto natural que la cesárea. Del mismo modo, se plantea el debate de si una excesiva fundamentalización de los derechos no sólo burla al poder

de reforma constitucional sino si también limita en exceso el pluralismo político y la libertad de configuración del legislador. Falta también razonar si, en realidad, el criterio evolutivo salta en estos supuestos del campo de la interpretación jurídica para ingresar en el terreno más pantanoso de la analogía como vía para integrar lagunas constitucionales (puesto que los hechos sociales o la moralidad colectiva no son fuentes del derecho). O si la creación judicial de derechos nuevos sin alterar la dicción literal del texto constitucional no supone una vía para generar (ilegítimas) mutaciones constitucionales. O sobre las diferencias de la interpretación evolutiva cuando esta se refiere a disposiciones constitucionales o a legales. O cómo determinar que la realidad social nueva que se invoque sea, como exige la jurisprudencia del Supremo para los textos legales, clara, indubitada y no necesite prueba por ello. Estos son asuntos que merecen otros trabajos. En éste he intentado tan sólo mostrar que la utilización de la doctrina del «árbol vivo», sin ser un fruto de un «árbol envenenado», sin ser negativa, no aporta más que confusión conceptual entre nosotros y que tampoco sería inoportuno que el Tribunal Constitucional afilara mejor su construcción teórica cuando aplique el elemento evolutivo. En los términos de Savigny, el uso de la doctrina del «árbol vivo» por nuestro Tribunal Constitucional podría, pues, calificarse de «inútil y pedantesca» (Savigny, «Interpretación...», cit., p. 188) o, en términos de Miguel Ángel Recuerda, de «pelo de nomo»²⁸.

²⁸ Miguel Ángel Recuerda Girela, «La interpretación...», cit., p. 14, critica el uso que el Tribunal Supremo realiza del criterio evolutivo respecto de la interpretación de las leyes: sería, a veces, «un cómodo expediente» para resolver «asuntos de los que no se sabe a qué obedece la invocación de dicho criterio». O se apela al canon evolutivo para casos, en realidad, que consisten en rellenar lagunas legales por vía analógica, pero sin cumplir los estrictos requisitos legales para ello (art. 4 Código Civil). El canon evolutivo (en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios) «se está convirtiendo en ese componente extraño que aparece en la pócima de los cuentos infantiles que hace imposible su reproducción, como el pelo de nomo», esto es, el elemento que «permite fundamentar que la norma diga no lo que dice, sino lo que debería decir para llegar a una solución justa en el caso concreto».

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA LIBERAL Y SU CONFIGURACIÓN A PARTIR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

JOSÉ LUIS GARCÍA GUERRERO
Catedrático de Derecho Constitucional

I. El concepto de constitución económica aquí adoptado

Es habitual que los constitucionalistas vinculen el origen de la Constitución liberal, denominada técnicamente racional normativa¹, con la finalidad de preservar los derechos y libertades fundamentales; esto es, ámbitos de libertad del individuo inmunes frente a la acción del poder político. El sometimiento del poder político a las leyes, es decir, el Estado de Derecho; la participación de los ciudadanos en la configuración de los órganos constitucionales y en el proceso de conformación de la voluntad estatal; así como la separación y limitación del poder que, para un cierto entendimiento liberal, no era otra cosa que la forma más efectiva de preservar los derechos y libertades.

En el contexto que se acaba de expresar, la propiedad privada, que también engloba la propiedad de los medios de producción, o, lo que es lo mismo, la libertad de empresa, ya se constitucionalice individualizada o conjuntamente, no sólo era un derecho y una libertad que las Cartas Constitucionales debían garantizar, junto a la libertad de expresión, de culto, reunión, entre otros muchos², sino que establecía un modelo económico, aunque no procediera a su regulación más allá de remover los obstáculos introducidos por el Antiguo Régimen³. Éste sería el entendimiento clásico para explicar la aparición del concepto liberal de constitución, y su supervivencia durante más de dos siglos a pesar de los numerosos e importantes embates teóricos y empíricos que ha sufrido⁴.

¹ Sobre el concepto racional normativo de Constitución véase Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, pp. 34-41.

² Luis María Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3 ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 528, afirma con acierto: «La propiedad privada ha ocupado siempre —y sigue ocupando— un lugar central en el constitucionalismo, sencillamente porque entre los presupuestos en que éste se apoya está la idea según la cual la libertad no es posible sin la propiedad privada».

³ Manuel Aragón Reyes, *Libertades económicas y Estado social*, McGraw Hill, Madrid, 1995, p. 4 afirma y fundamenta como las constituciones liberales del siglo XIX establecían un modelo económico, aunque no lo regulaban. Con más amplitud y fundamentación véase Enoch Alberti Rovira, Enoch, *Autonomía política y unidad económica*, Institut d'Estudis Autònoms-Civitas, Madrid, 1995, pp. 178-180.

⁴ En verdad, resulta sorprendente la supervivencia y extensión por todo el mundo del concepto liberal de constitución si se considera que, como indica Juan José Solozabal Echavarría, *Apuntes de Cátedra*, ha sufrido ataques relevantes tanto desde un plano empírico como doctrinal; empíricamente, de las monarquías restauradas, limitadas y constitucionales, de las constituciones napoleónicas, fascistas y comunistas; doctrinalmente, del historicismo tradicional, del pensamiento sociológico conservador y marxista y del positi-

Frente a esta tesis clásica, aquí se defiende una antítesis, sugerida por las lecturas de Weber y García Pelayo, menos candorosa y utópica a propósito del origen y triunfo de las constituciones liberales. Es cierto que las constituciones políticas europeas del siglo XIX se limitaban a regular el Estado y no la sociedad, por lo que no entraban en las relaciones económicas, según es opinión generalizada⁵. No obstante, como he defendido en anteriores escritos, siguiendo la estela de Weber y García Pelayo⁶, se cree que la constitución liberal, denominada técnicamente racional normativa, está desde su aparición al servicio del sistema capitalista, en su vertiente de economía de mercado⁷, que contiene éste en su genoma y que ésta es la principal razón que explica su supervivencia pese a los duros ataques empíricos y doctrinales que ha sufrido. En definitiva, la constitución racional normativa constituye el marco en el que más cómodamente puede instalarse y desarrollarse el sistema económico capitalista⁸.

En el antiguo régimen europeo no podía funcionar un sistema capitalista. Las propiedades, inmuebles, muebles, empresas y relaciones económicas no podían quedar al arbitrio del monarca absoluto. El sistema capitalista necesitaba la seguridad jurídica aportada por el Estado de Derecho. Era imprescindible que se determinara previamente quién elaboraba las normas con incidencia en el campo económico y a través de qué procedimientos, así como quién controlaba el sometimiento del poder a esas normas. Que se pudiera conocer anticipadamente las consecuencias jurídicas de una determinada

vismo. Además, quien escribe estas líneas ha defendido que el último embate al concepto racional normativo proviene de la globalización, véase *infra* nota 8.

⁵ Manuel Aragón Reyes, *Libertades económicas y Estado social*, ob. cit., pp. 2 y 3 señala: «Como es bien sabido, resulta casi un lugar común la afirmación de que las constituciones del Estado liberal del siglo XIX tenían por objeto la regulación del Estado y no de la sociedad». Y más adelante precisa «“lo político” era pues, la materia de la Constitución y no lo “social”, lo “cultural” o lo “económico”; de ahí su nombre, tan común en la propia historia española de “constitución política”».

⁶ Véase Max Weber, *Historia económica general*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 297, entre otras; y Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, ob. cit., p. 38.

⁷ En este capítulo siempre que se empleé el término sistema capitalista se hará referencia a su forma de economía de mercado. Existen formas capitalistas que no responden a la economía de mercado, principalmente el capitalismo preconizado en su día por Rockefeller y hoy por los principales dirigentes de Silicon Valley, que abominan de la libre competencia y buscan la creación de monopolios (véase *infra* nota 14) o el capitalismo autárquico que trata de proteger de la libre competencia frente a las importaciones. En contra, Antonio Cidoncha, *La libertad de empresa*, Instituto de Estudios Económicos y Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 67, que identifica capitalismo y economía de mercado.

⁸ Véase José Luis García Guerrero, «Integración económica y reforma constitucional», en el libro colectivo: *Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, ONU, PUND, Santo Domingo, 2005, pp. 135-136. Y más recientemente del mismo autor, «Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos, en definitiva, la globalización como último embate al concepto racional normativo de Constitución», en el libro *Constitución, Justicia constitucional y Derecho procesal constitucional (Liber Amicorum en Homenaje al profesor Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez)*, Jorge Prats, Eduardo y Valerio Jimenán, Manuel (coords.), Instituto Dominicano de Derecho Constitucional y Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, República Dominicana, 2014, pp. 3-5. Ignacio García Vitoria, *La libertad de empresa ¿Un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 2, afirma: «[...] al mercado no le vale cualquier forma política, sino que necesita al Estado constitucional».

acción u omisión. Finalmente, era conveniente reservar un ámbito inmune de intervenciones frente al poder político en torno a los derechos de propiedad y empresa.

En garantía de todos estos extremos requeridos por el sistema capitalista se arbitra la participación de la burguesía en los órganos constitucionales y en la conformación de su voluntad; la limitación y separación del poder; el Estado de Derecho; y la diferenciación entre poder constituyente y constituido. En definitiva, la constitución liberal no triunfaba, únicamente, por su afirmación del principio democrático, ni por la preservación de los derechos y libertades fundamentales; sino, fundamentalmente y con toda probabilidad, por crear las condiciones y garantías para el más adecuado funcionamiento del sistema capitalista.

A final del siglo XIX y principios del XX, con el triunfo de la tesis y el olvido de la antítesis, surge en Alemania la expresión «constitución económica» al margen de cualquier significado jurídico, que sólo se adquiere en la Constitución de Weimar y que pronto disfrutará de gran predicamento en todo el mundo. Con este término se olvida la antítesis y se restringe su ámbito; se ignora que el propio concepto liberal de Constitución responde a una necesidad económica, por lo que definir a la constitución económica, tal y como hacen numerosos autores, como el conjunto de normas, constitucionales (o no⁹), que hacen referencia a la estructura y funcionamiento de la actividad económica es una conceptualización restrictiva, que pierde buena parte de su esencia; ya que es precisamente la economía de mercado la razón de ser de la Constitución liberal.

No obstante, el Tribunal Constitucional utiliza este término para referirse a las normas principales más directamente especializadas y vinculadas a la actividad económica, concretamente en la formulación acogida por la STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1: «el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica», que acoge la definición del voto particular de la STC 37/1981, de 16 de noviembre, que, a su vez, bebe directamente de García Pelayo¹⁰. Este concepto mejora notablemente al limitarse a las normas constitucionales, aunque sigue siendo restrictivo; pero para evitar confusiones terminológicas se va a adoptar aquí con una

⁹ Una buena parte de la doctrina habla de marco jurídico fundamental de la estructura y funcionamiento de la actividad económica sin exigir rango constitucional a estas normas, así recientemente en relación con la constitución económica de la Unión Europea, véase Luis Ignacio Gordillo Pérez y José Ramón Canedo Arrillaga, «La Constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 1, 2013, p. 165; y Agustín José Menéndez Menéndez y Fernando Losada Fraga, «Los Pilares del Derecho sustantivo de la Unión (I): Derecho económico», en el libro dirigido por Antonio López Castillo, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 4.ª ed., vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 104. Previamente, Julio Baquero Cruz, *Between competition and free movement. The Economic constitutional law of the European Community*, Hart, Oxford, 2002, p. 29.

¹⁰ El voto particular ha sido literalmente recogido de Manuel García Pelayo, Manuel, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, dirigidos por Manuel Ramírez Pórtico, Zaragoza, 1979, p. 31. Finalmente la STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1, hace suyo este criterio, al señalar: «En la Constitución española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX, y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución económica o Constitución económica formal».

cierta ampliación de su contenido. Concretamente, por constitución económica¹¹ se entenderá, de una parte, el conjunto de preceptos constitucionales referidos directa e indirectamente a la economía; y, de otra parte, otras normas, valores y principios, que, aparentemente, nada tienen que ver con la economía, pero que, en realidad, influyen poderosamente en la misma e, incluso, la hacen posible.

Sin la mayor parte de los derechos fundamentales, sin unos ámbitos de libertad libres de intromisiones frente al poder público en torno a los derechos de propiedad y empresa y sin la seguridad jurídica aportada por el Estado constitucional de Derecho no podría funcionar el sistema capitalista en su versión liberal de economía de mercado, que es uno de los tipos de Constitución económica.

Sin la cláusula del Estado Social y los diversos preceptos constitucionales que la desarrollan difícilmente puede entenderse otro de los modelos de constitución económica, concretamente la intervencionista, que ha dominado la mayor parte de las constituciones europeas desde la segunda guerra mundial.

Con esta precisión terminológica, claramente ampliadora, voy a utilizar el concepto de constitución económica y a tratar de deslindar en sus rasgos básicos el modelo de constitución económica liberal.

II. El modelo de constitución económica liberal

El estudio de las relaciones entre el Estado y la Sociedad es absolutamente clave para comprender adecuadamente el Derecho Constitucional. El Estado liberal descansa en una rígida separación entre el Estado y la sociedad, el primero debe intervenir en la segunda sólo en los casos en que resulte imprescindible, esto es, tan poco como sea posible. El engranaje constitucional perfecto para lograrlo es el diseñado por los padres fundadores en la Constitución de los Estados Unidos de América que garantiza un poder débil incapaz de interferir sustancialmente en la esfera del individuo, en definitiva, en la Sociedad. En clara contraposición, el Estado social, como fase superadora del Estado liberal, se caracteriza, según la afortunada definición de Abendroth, por un poder público que realiza una actuación estructurante en el conjunto de la sociedad, con criterios y objetivos determinados democráticamente, pero que no niega las garantías propias del Estado de Derecho.

Los derechos fundamentales, los derechos sociales de prestación, los derechos de los trabajadores, la democracia representativa, los dos tipos de partidos políticos y los diferentes modelos de constitución económica, por citar algunos ámbitos constitucionales, serían incomprensibles si no se reparase en las relaciones que existen entre el Estado y la Sociedad.

Si se parte de estos presupuestos puede comprenderse que lo que singulariza principalmente a la constitución económica liberal es que la intervención del poder público

¹¹ Sobre el concepto constitución económica y la utilización del término derecho constitucional económico véase la versión en español de Julio Baquero Cruz, *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 57 y ss.

en la economía debe ser tan reducida como sea posible. Su ideal irrealizable es la ausencia de intervención, la abstención, que garantiza en el credo liberal el funcionamiento perfecto del sistema económico.

Todos los poderes públicos con legitimidad democrática, el ejecutivo y muy especialmente el legislativo, dado los ámbitos económicos vedados al primero, junto con los órganos jurisdiccionales ordinarios y constitucionales deben garantizar que el mercado funcione en condiciones de economicidad, esto es, ha de asegurarse la igualdad entre todos los agentes económicos y la libre competencia entre los mismos. Las decisiones de las unidades económicas y su comportamiento no pueden basarse en directrices tomadas por los poderes públicos, sino que deben orientarse al beneficio económico. Con estas premisas, el mercado, a través de las reglas de la oferta y la demanda, determina el comportamiento de las unidades económicas.

La exigencia de que el mercado funcione en condiciones de economicidad es precisamente lo que rompe el ideal liberal de la no intervención, de la no regulación de la economía. Para asegurar la igualdad y la libre competencia entre los agentes económicos los poderes públicos del Estado liberal se ven obligados a intervenir, a regular.

No resulta fácil diferenciar, si es que fuera posible, la intervención de la regulación por parte de los poderes públicos¹². La regulación parece tener una mayor relación con la capacidad de dictar normas jurídicas que la intervención, pero ésta, en un Estado de Derecho, no es posible sin ley; luego no parece que pueda radicar aquí sólo la diferencia. Quizá, ésta se encuentre en que la intervención tiene un sentido más individual, singular, concreto; mientras que la regulación se objetiva, tiene un carácter más general. Finalmente, ambos términos pueden distinguirse por la intensidad de la medida adoptada por el poder público o, es posible que la diferencia se encuentre en una combinación de los tres criterios distintivos adoptados. Lo que sin duda es cierto es que ambos términos no son sinónimos, a veces se habla de la regulación a la que debe someterse determinado sector de empresas y es opinión generalizada que la desregulación del sector financiero¹³, que originó las hipotecas basura, por ejemplo, dio lugar a la gran crisis mundial de 2008. En otras ocasiones se emplea el término intervención, por ejemplo, en los Estados Unidos se intervino la Standard Oil y se la dividió en treinta y cuatro empresas para evitar el monopolio y garantizar la libre competencia¹⁴; más recientemente en las primarias demócratas del año 2019 la senadora Elizabeth

¹² Véase Manuel Aragón Reyes, «Del Estado intervencionista al Estado regulador», en AA.VV., *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

¹³ El Diccionario de la Real Academia define desregular como: «Eliminar total o parcialmente las reglas o normas a las que debe ajustarse algo, especialmente una actividad económica».

¹⁴ La Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó en 1911 que la estructura y desempeño de la petrolera Standard Oil, fundada en 1870, se ajustaba al término de monopolio según la Ley Sherman Antitrust, por lo que se exigió su desmembración en 34 empresas independientes para garantizar la libre competencia. El pensamiento económico de John D. Rockefeller, fundador y máximo accionista de la compañía, puede sintetizarse en la frase: «La competencia es un pecado, por eso procedemos a eliminarla». Resulta curioso observar la clara confluencia de ideas entre Rockefeller y el ideario económico dominante hoy en Silicon Valley, sintetizado por José Luis García Guerrero, «Los embates de la globalización a la democracia», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 176, 2017, p. 139.

Warren defendió, por idénticos motivos, trocear en varias empresas a las mayores tecnológicas del mundo¹⁵.

La consulta realizada al diccionario de la Real Academia confirma los ejemplos. La regulación es «determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo». En el caso que nos ocupa podría ser un sector económico o un tipo de empresas e, incluso, el significado económico prevé la regulación de tarifas, gastos, plantilla de empleados. Se vincula como se ha señalado a la capacidad de dictar normas, de carácter más general y de menor intensidad que una «intervención», como puede observarse en el cuarto significado de este último término: «Dicho de una autoridad: Dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de actividades y funciones». La intervención es más intensa que la regulación, más ejecutiva al no conllevar la elaboración de normas y, se estima, aunque el diccionario no lo deslinda, que se trata de una acción más concreta y específica que la regulación¹⁶. En confirmación de lo aquí señalado, el diccionario define «desregular» como «eliminar total o parcialmente las reglas o normas a las que debe ajustarse algo, especialmente una actividad económica».

Tras diferenciar económicamente los términos regulación e intervención ya se está en condiciones de afirmar que siendo el principio fundamental de la constitución económica liberal la abstención del Estado, las intervenciones en la economía deberán ser excepcionales y destinadas a garantizar la igualdad y la libre competencia entre los agentes económicos u otros bienes constitucionales fundamentales o muy relevantes. El poder público tendrá un mayor margen en el ámbito de la regulación económica, pero la misma estará presidida por el principio de una actuación tan reducida como sea posible¹⁷.

Una vez acotado el estrecho margen de regulación e intervención de los poderes públicos en una constitución económica liberal ya es posible deslindar los diferentes elementos que componen la constitución económica liberal: la unidad económica nacional y su correlato, la unidad de mercado, la economía de mercado, la propiedad privada, la libertad de empresa y la política macroeconómica del gobierno.

No obstante, es conveniente precisar que la opción constitucional por el modelo económico liberal, en su origen, se fundó alrededor de la unidad económica nacional, que permitió superar la fragmentación del Antiguo Régimen¹⁸ y, fundamentalmente,

¹⁵ «Nuevos monopolios. Las grandes corporaciones tecnológicas necesitan una regulación antimonopolio y que garantice la confidencialidad de la información», *El País*, 18 de junio de 2019. https://elpais.com/elpais/2019/06/16/opinion/1560702293_297577.html.

¹⁶ El Diccionario de la Real Academia, en la edición actualizada de su tricentenario, define «regular» en su tercer significado «Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo» y el quinto significa referido a la economía habla de «reajustar» y señala como ejemplo: «Regular las tarifas, los gastos, la plantilla de empleados». Por su parte define «intervenir» en su cuarto significado como «dicho de una autoridad: Dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones». Y señala como ejemplo: «El Estado de tal país interviene la economía privada o la producción industrial».

¹⁷ Véase Jesús López de Lerma Galán, «El carácter racional normativo de la constitución económica liberal. Su influencia en el desarrollo del libre mercado», en el libro dirigido por José Luis García Guerrero y María Luz Martínez Alarcón, *Constitucionalizando la Globalización*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 673 y ss.

¹⁸ Enoch Alberti Rovira, *Autonomía política y unidad económica*, ob. cit., pp. 17-18. En el mismo sentido José María Serrano Sanz, «La unidad de mercado: perspectiva económica», en Benigno Pendás (dir.),

sobre la propiedad privada, dado que en un principio la libertad de empresa no se extrajo como una especie de la propiedad privada (propiedad privada de los medios de producción), sino que surge al considerarse que la libertad de actuación económica estaba implícita en la libertad individual general¹⁹. Los otros elementos, esto es, la construcción de la economía de mercado y la política macroeconómica, surgirán con posterioridad.

1. LA UNIDAD ECONÓMICA NACIONAL Y LA UNIDAD DE MERCADO

Se ha defendido *supra* que el capitalismo o, más precisamente, la economía de mercado requiere de una constitución racional normativa para desarrollarse apropiadamente y este tipo de Constitución encabeza un ordenamiento jurídico que tiene un ámbito territorial que coincide con el estatal. En consecuencia, el mercado opera en el territorio de un Estado determinado, lo que supone afirmar el principio de unidad económica nacional, así como su inmediata consecuencia, la unidad de mercado²⁰.

El principio de unidad económica nacional en un Estado unitario es objeto de una doble consideración: como manifestación en el plano económico de la unidad política y del ordenamiento jurídico del Estado, y como supuesto fundamental en el que debe discurrir toda la actividad económica. La afirmación de este principio se complica en un Estado compuesto²¹ o en una integración económica que alcance como mínimo el tipo de Mercado común. A la doble consideración realizada anteriormente debe añadirse otra triple, la unidad económica nacional como criterio de interpretación del modelo de distribución de competencias que opera para el órgano jurisdiccional que resuelva los conflictos, como cláusula competencial genérica del poder central o federal y como limitación a los poderes territoriales periféricos.

Para garantizar el principio de unidad económica nacional el poder central o federal debe tener la competencia exclusiva en la política monetaria y comercial, así como las competencias más importantes en la política macroeconómica y fiscal, lo que exige disponer de las bases o fundamentos de todas las materias económicas y de competencias concretas de política económica. A continuación, se van a examinar estos extremos atendiendo a la modélica jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España que examina el Estado autonómico, que es, sin duda, no sólo un Estado compuesto, sino una variante del federalismo, según concluyen los más reputados institutos internacionales sobre federalismo.

España constitucional (1978-2018), Trayectorias y perspectivas, Tomo V, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 4425, que sitúa la consecución del principio de unidad económica nacional respecto a España en el siglo XIX.

¹⁹ Enoch Alberti Rovira, *Autonomía política y unidad económica*, ob. cit., p. 178 y nota 1, resalta que en su origen no se estimaba necesario constitucionalizar la libertad de actuación económica al considerarla implícita en la libertad individual general.

²⁰ Véase Enoch Alberti Rovira, *Autonomía política y unidad económica*, ob. cit., pp. 177 y ss.

²¹ Véase Enoch Alberti Rovira *Autonomía política y unidad económica*, ob. cit., pp. 18-19.

La STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1, explicita adecuadamente lo que el principio de unidad económica nacional exige: «En la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de “un orden económico y social justo”, y cuyo art. 2 establece un principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el 128 entendido en su totalidad, el 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros. Por otra parte, la Constitución fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecución exige la adopción de medidas de política económica aplicables con carácter general a todo el territorio nacional (arts. 40.1, 130.1, 131.1, 138.1)».

Y a continuación, en el siguiente párrafo, aclara las dificultades en la afirmación de este principio en los Estados compuestos: «Esta exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado es más imperiosa en aquéllos, como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de su organización territorial (Tít. VIII de la CE). La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores. Por ello, la Constitución retiene en poder del Estado, como exclusivas en su integridad, aquellas competencias que atañen a determinados aspectos del orden económico y de su unidad, como sucede entre otros preceptos con el art. 149.1.10.^a de la CE, y en otros supuestos retiene en poder del Estado, también con carácter exclusivo, la competencia para fijar solamente las “bases”, como ocurre con los indicados en el artículo 149.1.1.^a y 13.^a de la CE».

Por su parte la STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6, salvaguarda un espacio de política económica propia para los entes regionales periféricos: «Tal unidad, sin embargo, y como ha señalado también el Tribunal, no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. La compatibilidad entre la unidad económica de la nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio, que al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los Poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: la regulación autonómica se lleve a cabo dentro de la competencia de la Comunidad; que esta regulación, en cuanto introductoria de un régimen diverso de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin y por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles».

Una vez afirmada la unidad económica nacional en un Estado compuesto, el Tribunal desarrolla su consecuencia, la unidad de mercado, entendida como la exigencia de un espacio económico que permita la libertad de comunicación sin compartimentos estancos. No consintiendo desigualdades en el ejercicio de la actividad económica. Con mayor precisión, el FJ 6 de la STC 88/1986, de 1 de julio, precisa los dos elementos claves que exige la unidad de mercado, al afirmar que supone «por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra, y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica»²².

La libertad de circulación implica no sólo remover cualquier obstáculo a la misma, sino también una labor incentivadora en forma de construcciones e infraestructuras viarias, ferroviarias, portuarias y aéreas que en una constitución económica liberal serán realizadas por la iniciativa privada, al igual que la formación educativa de los trabajadores, quedando solamente en la esfera pública la dotación económica de una organización judicial que garantice en último extremo la libre circulación, así como la igualdad y la libre competencia entre los agentes económicos²³. Segundo elemento clave, este último, de la unidad de mercado. La igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica es el nervio institucional de la unidad de mercado y su consecución muestra unas dificultades análogas a las que se presentan con el principio de competitividad electoral.

2. LA ECONOMÍA DE MERCADO

La economía de mercado es una institución constitucional que en el modelo liberal sitúa en el centro del sistema al mercado, que a través de las reglas de la oferta y la demanda determina el precio de los diferentes bienes y servicios y, en consecuencia, realiza la más eficiente asignación de los recursos. Creo que acierta Óscar de Juan²⁴ cuando afirma que la esencia de la economía de mercado radica en ser un estilo de economía donde el poder económico se encuentra descentralizado y desconcentrado²⁵.

Por desconcentración del poder económico se quiere significar la necesidad de que éste se encuentre adecuadamente distribuido entre los agentes económicos, de forma

²² Sobre la dificultad de conseguir el principio de unidad económica nacional y su correlato, la unidad de mercado, en los Estados Unidos, a través de la evolución de la cláusula de comercio, y en la Unión Europea, véase Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, *Unidad económica y descentralización política*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Véase sobre la evolución de la cláusula de comercio a TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, Foundation Press, Nueva York, 3.^a ed., 2000, pp. 1021 y ss.

²³ En una línea muy similar Martín Bassols Coma, Martín, *Constitución y Sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 24, destaca cómo la falta de regulación de la economía en las primeras constituciones liberales no impedía una intervención que fortaleciera el modelo económico capitalista y pone como ejemplos la construcción de infraestructuras o la creación de sistemas educativos.

²⁴ Oscar de Juan Asenjo, *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 144-149.

²⁵ Santiago García Echevarría, «El orden económico en la Constitución», *Libre Empresa*, núm. 8, 1978, pp. 35-40, básicamente en el mismo sentido.

que ninguno de ellos dispone de la fuerza suficiente como para imponerse al resto. Por tanto, la economía de mercado reclama, empleando un lenguaje técnico, competencia económica²⁶ entre los distintos agentes, desarrollándose ésta en un régimen de igualdad.

Por economía descentralizada se debe entender un orden en el que existe una pluralidad de sujetos con iniciativa propia, esto es, con autonomía y libertad para tomar decisiones de relevancia económica²⁷. La descentralización del sistema supone garantizar al consumidor, trabajador y empresario (agentes económicos) las libertades de consumo²⁸, trabajo y empresa²⁹, conectando esta última con la propiedad privada de los medios de producción.

Por tanto, la economía de mercado se debe entender como igualdad competencial entre diversos agentes económicos que persiguen el beneficio y tienen reconocidas las libertades de consumo, trabajo y empresa.

3. LA PROPIEDAD PRIVADA Y LA LIBERTAD DE EMPRESA

En una constitución económica liberal la propiedad privada es un derecho fundamental, esto es, un derecho subjetivo que establece un espacio inmune del individuo que no admite intromisiones frente a los poderes públicos. La posición de éstos en relación con el ejercicio del derecho será de abstención, se está en presencia de ámbitos de libertad privados, inmunes, en cuanto sea posible, a la acción de los poderes públi-

²⁶ Véase Juan Ignacio Font Galán, *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 166, quien señala: «La competencia es [...] el auténtico instrumento realizador —o, si se quiere, el “motor” — del sistema de economía de mercado».

²⁷ Manuel García-Pelayo, Manuel, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», ob. cit., p. 39; y Santiago García Echevarría, «El orden económico en la Constitución», ob. cit., p. 39, en el mismo sentido.

²⁸ María Teresa Quintela Gonçalves, *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1986, pp. 209-210, afirma incluso: «[...] el principio de defensa de los consumidores y usuarios a la vez que fuente de un estatuto jurídico de éstos es garantía institucional de la pervivencia del mercado, institución básica de la Constitución económica, asegurando su núcleo esencial (libertad real de las partes y libre competencia) [...]».

²⁹ Gonzalo Pérez de Armiñan, *Economía para juristas*, Ed. Col. Univ. San Pablo, Madrid, 1972, p. 31, al definir la economía de mercado deja claro cómo ésta engloba la libertad de consumo y de empresa: «En el mercado de artículos de consumo el empresario vende bienes y recibe a cambio su dinero; en el mercado de medios de producción, el empresario cambia su dinero por el uso de los servicios productivos (trabajo, tierra, capital), necesarios para producir artículos de consumo. El empresario concurre a ambos mercados como vendedor y como comprador, respectivamente, en forma continua y simultánea. Por otra parte, el consumidor obtiene sus ingresos a título de propietario de servicios productivos (como trabajador, terrateniente o capitalista) y los gasta en la adquisición de artículos de consumo. Existe, pues, una corriente continua de dinero, que va de los consumidores a los empresarios (pago de los artículos de consumo que adquieren los primeros) y de los empresarios a los consumidores (en tanto que éstos son propietarios de los servicios productivos que venden a los empresarios). Las sumas de dinero que entregan las empresas son simultáneamente sus costes de producción y los ingresos de los consumidores».

Luis María Cazorla Prieto Fernando Garrido Falla, Civitas, Madrid, 1985, p. 743, incluye dentro de la economía de mercado las libertades de empresa, trabajo y consumo.

cos, derechos de libertad configurados por su titular y con una intervención en su régimen jurídico de los poderes públicos muy restringida, básicamente el establecimiento de medidas tuitivas. La expropiación tendrá carácter excepcional, sometida a límites materiales (utilidad pública) y formales (ley)³⁰, exigiéndose, además, el pago del valor real del bien. No se admitirá la modulación del régimen jurídico del derecho por la función social que el bien haya de desempeñar.

La propiedad privada como derecho fundamental es un derecho subjetivo de disfrute y uso o derecho de señorío sobre cosas³¹. El contenido de este derecho se extiende a la propiedad privada de los medios de producción, aunque la mayor parte de las constituciones han preferido reconocer esta vertiente del derecho como independiente y han procedido a constitucionalizarlo expresamente como libertad de empresa.

La libertad de empresa³² es también un derecho fundamental en una constitución económica liberal. Además, es una de las tres libertades, junto con la de trabajo y consumo, que permite la descentralización necesaria en una economía de mercado. Su contenido puede sintetizarse en las libertades de inversión, organización y contratación³³. La primera consiste en la facultad que tiene el propietario del capital de colocarlo o retirarlo de cualquier sector o industria cuando lo estime pertinente. La segunda comprende la potestad de organizar libremente el proceso de producción, esto es, planificar el sistema de objetivos empresariales, combinar los factores productivos e imponer condiciones de actuación a las personas que colaboran en la actividad empresarial³⁴. La tercera abarca las facultades del empresario para elegir el proveedor y el cliente de sus mercancías y fijar, de común acuerdo, el precio de las transacciones. Lo mismo puede decirse respecto a la contratación de la mano de obra y la fijación de los salarios y demás condiciones de trabajo.

³⁰ Enoch Alberti Rovira, *Autonomía política y unidad económica*, ob. cit., p. 179.

³¹ Véase Fernando Rey Martínez, *La propiedad privada en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994. Luis Díez-Picazo, «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», en AA.VV., *Estudios sobre CE. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Civitas, Tomo II, Madrid, 1990, pp. 1257 y ss. José Ramón Parada Vázquez, «El artículo 33 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria», en AA. VV., *Estudios sobre CE. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Civitas, T. II, Madrid, 1990, pp. 1271 y ss. Ángel Manuel López López, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988.

³² Sobre esta libertad sigue siendo básico el modelico trabajo de Óscar de Juan sobre la constitución económica ya citado. Véase también Antonio Cidoncha, *La libertad de empresa...*, ob. cit., y García Vitoria, Ignacio, *La libertad de empresa...*, ob. cit.

³³ Óscar de Juan Asenjo, *La Constitución económica...*, ob. cit., pp. 154-155, se toma de este autor el contenido de la libertad de empresa.

³⁴ La STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3, es la que más se aproxima a las libertades de inversión y organización cuando señala que el artículo 38 en cuanto derecho subjetivo reconoce a los particulares «una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado». La STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 5, añade que la libertad de contratación «se ha considerado tradicionalmente como una de las vertientes de la libertad de empresa, reconocida en el art. 38 CE».

Frente a lo que sostiene Óscar de Juan, hay que destacar que la libertad de empresa, en cuanto derecho fundamental, está vinculada a la dignidad de la persona y su ejercicio alimenta el libre desarrollo de la personalidad³⁵.

Dentro de las libertades que comprende la economía de mercado, la de empresa es la que mayores limitaciones encuentra, aunque estas restricciones son muy reducidas en el marco de una constitución económica liberal (especialmente en comparación con su ejercicio en un Estado Social). La posición de los poderes públicos, como regla general, es la abstención, sus únicas intervenciones serán tuitivas, destinadas a la protección de esta libertad, así como las destinadas a compatibilizar el ejercicio del derecho con otros bienes constitucionales especialmente relevantes y las requeridas para compatibilizar su disfrute simultáneo por múltiples titulares. De aquí dimanan las principales restricciones establecidas por los poderes públicos para garantizar la igualdad y la libre competencia entre las diferentes empresas, lo que puede dar lugar, en casos extremos, a la intervención de la empresa, a la prohibición de determinadas prácticas empresariales o al establecimiento de regulaciones a las que deben acogerse las empresas de un determinado sector.

4. LAS POLÍTICAS MACROECONÓMICAS, LAS MONETARIAS, COMERCIALES Y FISCALES

Hasta no hace mucho se pensaba que la política macroeconómica³⁶ sólo se podía ejecutar adecuadamente si se contaba instrumentalmente con la política monetaria, comercial y fiscal. Así lo recogían los principales manuales de economía, incluso, la escuela ultraliberal de Chicago defendía fervientemente que no podía realizarse una adecuada política macroeconómica sin la política monetaria y así lo reclamaba Margaret Thatcher a su llegada a Downing Street, contrariada por las limitaciones que el Banco de Inglaterra imponía a su política monetaria, impidiéndole, según ella, ejecutar su política macroeconómica.

Recientemente, las reflexiones sobre dos realidades han llevado a tener que aceptar que es posible que no pueda hacerse una política macroeconómica fuerte sin la política monetaria, pero, sin duda, es posible realizarla; no sólo sin la monetaria, sino, incluso,

³⁵ Óscar de Juan Asenjo, *La Constitución económica española*, ob. cit., p. 153, señala: «Todo lo contrario ocurre con la libertad de empresa. No forma parte de la estructura de la personalidad humana, pues, si así fuera, resultaría que sólo una ínfima proporción de los habitantes del país estarían gozando de las condiciones adecuadas para el desarrollo de la personalidad». El argumento es ciertamente discutible. Exactamente lo mismo sucede con la libertad de cátedra o con la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica y no por ello hay duda de su conexión con la dignidad de la persona; cualquier individuo puede potencialmente acceder a la titularidad del derecho. En el mismo sentido aquí apuntado se pronunció Manuel Aragón Reyes, *Libertades económicas y Estado social*, ob. cit., p. 13, al conectar la libertad de empresa con el libre desarrollo de la personalidad. Posteriormente, Ignacio García Vitoria, *La libertad de empresa...*, ob. cit., pp. 111-114, considera la cercanía de la libertad de empresa a la esfera de autorrealización del individuo y su carácter instrumental respecto al libre desarrollo de la personalidad.

³⁶ Rudiger Dornbusch, Stanley Fischer, Richard Startz, *Macroeconomía*, McGraw Hill, México, 2009, contiene una aproximación a la política macroeconómica.

sin la comercial; aunque, en cualquier caso, será imprescindible una estrecha coordinación entre las autoridades que ostentan estos títulos competenciales.

La primera reflexión surge de la situación en la Unión Europea³⁷. En esta Unidad económica y monetaria supraestatal³⁸, la Comisión dirige la política comercial, el Banco Central Europeo la política monetaria³⁹ y los Estados miembros la política macroeconómica y la fiscal, eso sí, en coordinación con la Comisión⁴⁰. La segunda reflexión surge al contemplar el sistema constitucional de los Estados Unidos, donde buena parte de las competencias en política monetaria descansan en la Reserva Federal, como autoridad separada de la Presidencia y del Congreso y dotado de un singular sistema representativo que busca conferirle una legitimidad distinta a la aportada por el principio democrático⁴¹.

El análisis de la situación en la Unión Europea y en los Estados Unidos me llevaron a pensar que, quizá, podría ser posible realizar una política macroeconómica sin contar con la política monetaria y la comercial. No se podía recurrir a la planificación, lo que hubiera solucionado el dilema, porque este instrumento está reservado a las constituciones económicas marxistas y algunas intervencionistas, pero no en las liberales u ordoliberalas. Luego la solución debería estar en otro sitio. Y lo está, concretamente, se puede hacer y se realiza política macroeconómica cuando se tiene la competencia para promover una legislación mercantil, laboral, sobre propiedad intelectual e industrial, sobre crédito, banca y seguros, sobre investigación científica y técnica, sobre sanidad y productos farmacéuticos. También a través de la regulación de la pesca, agricultura, ganadería o minería; ferrocarriles, transportes terrestres, régimen general de comunicaciones, telecomunicaciones, aprovechamientos hidráulicos, autorización de instalaciones eléctricas, medios de comunicación, tenencia y uso de armas y explosivos, medio ambiente, entre otros ámbitos materiales. Y el caso es que tanto los Estados miembros de la Unión Europea (con las importantes limitaciones derivadas de la atribución de algunas de esas materias a la Unión) como los Estados Unidos tienen esas competencias y mediante la correspondiente regulación pueden realizar diversas políticas macroeconómicas. Es más, los Estados Unidos cuentan, además, con toda la

³⁷ Véase por todos Antonio López Castillo, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 4.ª ed., vol. I, ob. cit.

³⁸ Sobre los diferentes tipos de integraciones, el más intenso es precisamente la Unidad económica y monetaria supraestatal, y sobre sus diferentes fases véase a José Luis García Guerrero, «Constitucionalizando la globalización», ob. cit., vol. I, pp. 90 y ss.

³⁹ Véase Isabel Giménez Sánchez, «El Banco Central Europeo», en el libro *Constitucionalizando la globalización*, ob. cit., pp. 1031 y ss.; y Jens-Hinrich Blinder y Christos Gortsos, *The European Banking Union*, C.H. Beck, Múnich, 2016.

⁴⁰ La atribución a los Estados de la política macroeconómica y la fiscal es más formal que material, especialmente en aquéllos que incurren en desequilibrios macroeconómicos, véase al respecto José Luis García Guerrero, «La desconstitucionalización de la constitución económica española», en el libro coordinado por Luis Ignacio Gordillo Pérez, *Constitución española e integración europea. Treinta años de Derecho constitucional de la integración, Actas del XIV Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 299 y ss.

⁴¹ Véase Tomás Bastarreche Bengoa, «Política monetaria y representación en la Fed. La reserva federal de los Estados Unidos», en el libro *Constitucionalizando la Globalización*, ob. cit., vol. II, especialmente pp. 1000-1005.

política comercial, dado que no ha firmado ningún acuerdo comercial de la segunda fase de la globalización⁴².

La consecuencia final es que es posible realizar diferentes políticas macroeconómicas sin tener la política monetaria o, incluso, la comercial, a través de la regulación de los ámbitos materiales enumerados, sin ánimo exhaustivo, siempre, eso sí, que haya una estrecha coordinación entre las diferentes instancias de poder. Ahora bien, una vez alcanzado este punto surge la cuestión de por qué los Estados Unidos y la Unión Europea se limitan a realizar política macroeconómica a través de regulaciones y no concentran también la política monetaria y la comercial (Europa) con lo que se dotaría a la primera de mayor efectividad y fuerza.

Se estima que la respuesta se encuentra precisamente en los fundamentos del Estado liberal y en su modelo de constitución económica. Se busca un poder débil que no interfiera en la sociedad, que no incida en la esfera individual o lo haga lo menos posible, para ello nada mejor, también en este campo económico, que debilitar la política macroeconómica reduciéndola a la regulación de ámbitos materiales, a la política comercial y a la fiscal, como sucede en el caso de los Estados Unidos, cuyo engranaje constitucional, al inicio de este modelo de constitución liberal, hemos definido como perfecto y coherente en su diseño y que se dirige a garantizar una intervención del Estado en la Sociedad tan reducida como sea posible. La conclusión sería que en una constitución económica liberal ideal la política macroeconómica se ejercita sin la monetaria⁴³ y tanto aquella como la comercial y fiscal están sometidas al equilibrio de poderes del ejecutivo y del legislativo federal. Además, la regulación de ciertos ámbitos materiales, que permiten realizar política macroeconómica, está también sometida al equilibrio de poderes que reside en la instancia federal y estatal; si bien es cierto que claramente escorados al nivel del poder central para poder garantizar la unidad económica nacional y la unidad de mercado.

La respuesta en el caso de la Unión Europea es *mutatis mutandis* similar al de los Estados Unidos, el Marco económico de la integración es ordoliberal⁴⁴ y sus principios constitutivos son liberales, lo que explica la división del poder de las diferentes políticas económicas entre diversos titulares. No obstante, esta limitación del poder es más intensa: la comercial reside en la Comisión, la monetaria en el Banco Central y la macroeconómica y fiscal en los Estados miembros, aunque sólo formalmente⁴⁵. Esta mayor intensidad en Europa frente a los Estados Unidos no se cree que descansa en un mayor liberalismo, sino que se explica, probablemente, porque la Unión está todavía en proceso de construir una Unidad económica y monetaria supraestatal que todavía no se ha perfeccionado y que, seguramente, explique la mayor virulencia de la crisis de 2008 en el continente europeo o, al menos, en sus Estados periféricos.

⁴² Véase *supra* nota 38 la referencia que permite comprender los acuerdos de integración de primera y segunda fase.

⁴³ Véase al respecto Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960, por ejemplo, en sus pp. 327 y 328.

⁴⁴ José Luis García Guerrero, «La desconstitucionalización de la constitución económica española», ob. cit., pp. 289-294 contiene una amplia fundamentación sobre esta afirmación.

⁴⁵ Véase *supra* nota 40.

La política fiscal es una competencia atribuida al poder central a quien corresponde la Hacienda general y la deuda del Estado. Los presupuestos generales del Estado son el instrumento básico de la política fiscal, incluyen la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal en una anualidad. Los ingresos provienen de los rendimientos de bienes públicos, tasas y, fundamentalmente, impuestos; cuando su volumen no compensa el total de gastos, el Estado recurre a la emisión de deuda pública. El presupuesto anual debe incluir la totalidad de los gastos corrientes de todo el sector público, así como los intereses y la amortización de la deuda pública. La elaboración de los presupuestos generales del Estado compete al ejecutivo y su examen, enmienda y aprobación al legislativo.

La constitución económica liberal contiene las bases generales del sistema tributario que no requiere del principio de progresividad. En este marco económico se defiende que la reducción de la carga impositiva genera crecimiento económico, lo que obliga a reducir los gastos para lograr el equilibrio presupuestario. Las sucesivas crisis económicas son atribuidas por el nuevo liberalismo a no haber sido capaces de calibrar que el tamaño del sector público incrementa el gasto y, consecuentemente, impide disminuir los impuestos.

La nota más distintiva de la política fiscal en una constitución económica liberal es, además de la ya reseñada disminución de la carga impositiva con la consiguiente reducción del gasto público, el principio de la estabilidad presupuestaria y la adopción de la *golden rule* que obliga a un equilibrio entre ingresos y gastos sin recurrir a la emisión de deuda pública, salvo supuestos extremos de calamidad pública o grave crisis económica.

Las políticas económicas liberales han confiado tradicionalmente el mantenimiento de la ortodoxia económica y de la estabilidad presupuestaria a los mercados financieros. No obstante, el economista Buchanan lideró una campaña política en los Estados Unidos para introducir la *golden rule* mediante una enmienda constitucional, no lográndolo por estrecho margen. Resulta paradójico que esta reforma constitucional no se lograra en un Estado liberal y que sin embargo haya fructificado en los Estados sociales europeos, a través del Marco económico de la Unión Europea de inspiración ordoliberal⁴⁶.

Las políticas monetarias, principalmente, a través de la determinación del dinero en circulación y del tipo de interés, permiten incidir en la inflación, en el coste de la inversión privada, en el crecimiento económico, en la tasa de empleo y en el valor de la divisa. La política monetaria está fuertemente condicionada por la política fiscal⁴⁷.

⁴⁶ Entre la amplia literatura jurídica existente véase *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria (El artículo 135 de la Constitución española)*, López Garrido, Diego (dir.) y María Luz Martínez Alarcón (coord.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013; y Alberto Oehling de los Reyes, y José María De Benito Aramburo, «La modificación del artículo 135 de la Constitución española de 1978: aproximación jurídico-económica a las causas para una racionalización, Estado de situación y resultados», *Estudios de Deusto*, vol. 64/1, 2016, pp. 97-136.

⁴⁷ Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, ob. cit., pp. 327 y 328, afirma que una política monetaria independiente está condicionada y debe ajustarse a la política fiscal del gobierno, salvo cuando el gasto y la deuda son muy reducidos, lo que habitualmente no se produce.

La constitución económica liberal persigue el control de la inflación, la estabilidad de la divisa, un tipo de interés bajo que disminuya los costes de la inversión privada, garantizando el crecimiento económico y el empleo, así como la competitividad de la economía que favorezca las exportaciones para asegurar el equilibrio en la balanza de pagos. El éxito de esta política económica requiere instrumentalmente de una política fiscal fundada en el equilibrio presupuestario a través de la *golden rule*.

Finalmente, otra importante nota distintiva de la constitución económica liberal en materia de política monetaria, además de la ya reseñada atribución al banco central de la titularidad de la competencia, son los elementos privados de esta institución⁴⁸.

La política comercial en una constitución económica liberal es favorable al libre comercio, lo que implica el no establecimiento de aranceles a las exportaciones ni la fijación de contingentes ni la utilización de otras medidas con efectos análogos a los anteriores. La política económica liberal tradicional, como consecuencia de lo que se acaba de sintetizar, se ha fundado en la libre circulación de mercancías, servicios, capitales y mano de obra.

⁴⁸ Tomás Bastarache Bengoa, «Política monetaria y representación en la Fed...», ob. cit., pp. 991-992, habla de una combinación de características públicas y privadas. Véase también las pp. 1000-1001 sobre la representación de los intereses privados en la FED.

EL PROCESO PENAL DE MENORES: ¿TAMBIÉN DE MENORES GARANTÍAS?*

ISABEL HUERTAS MARTÍN
Profesora Titular de Derecho Procesal

Los niños han de tener mucha tolerancia con los adultos.

Antoine de Saint Exupéry.

I. Introducción

La LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM) supuso la consolidación de un nuevo marco jurídico (cuyas directrices fueron marcadas ya en la LO 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores) para la sustanciación de la responsabilidad penal de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho. En efecto, aquella Ley constituyó —junto con la previa instauración, en el plano orgánico, de los Juzgados de Menores por la originaria LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (arts. 26 y 96) y posteriormente del Juzgado Central de Menores por la LO 7/2000, de 22 de diciembre— el establecimiento de un verdadero proceso respetuoso con las garantías constitucionales, como se exigió en la STC 36/1991, de 14 de febrero, en atención asimismo a la normativa internacional reflejada, entre otros textos, en la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (art. 40) y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores de 29 de noviembre de 1985 (Reglas de Beijing —Regla 7.^a—).

Sin embargo, bien por el paso del tiempo que hace mella en, cabe decir, toda la legislación, bien porque el transcurso de los años da una perspectiva más serena de

* Este trabajo se encuentra publicado en la obra colectiva *Menores y justicia juvenil*, Lorenzo Mateo Bujosa Vadell y Fernando Martín Diz (dirs.) e Irene González Pulido y Walter Reifarth Muñoz (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 143 a 178, ISBN 978-84-1390-864-9. La investigación que dio origen al trabajo se desarrolló en el marco del Proyecto de investigación «Evaluación de las necesidades criminógenas específicas de los menores infractores en la justicia juvenil» (Referencia RTI2018-096289-B-I00), convocatoria 2018, Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Agencia Estatal de Investigación, dirigido por el Prof. Dr. D. Lorenzo Bujosa Vadell y por el Prof. Dr. D. Fernando Martín Diz. También publicado en la Revista *Anuario de Justicia de Menores*, 2021 (publicación 22 de septiembre de 2022), Astigi, Sevilla, pp. 77-115, ISSN 1579-4784.

reflexión sobre lo inicialmente epatante, lo cierto es que pueden advertirse en aquella Ley diversas fallas que, en cierto modo, hacen insostenible determinados aspectos de su regulación y exigible su pronta modificación¹.

Me centraré, en estas líneas, en los siguientes puntos claves al respecto: la imparcialidad —o ausencia de ella— en el órgano de enjuiciamiento; y la merma de garantías que para el menor sujeto pasivo del proceso puede suponer tanto la regulación de su declaración en la fase de expediente como el conocimiento, en primera instancia, de la supuesta comisión de cualquier hecho delictivo por un órgano jurisdiccional unipersonal. En un apunte final se tratará la criticable limitación del recurso de casación en este proceso.

II. Más que dudas sobre la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento

No cabe ignorar —como se dijo en la precitada STC 36/1991— que las especiales características del proceso de menores determinan que no todos los «principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos hayan de asegurarse aquí en los mismos términos»; el TC se refería específicamente al principio de publicidad. Ahora bien, la ausencia de un estricto paralelismo entre uno y otro proceso no ha de significar en todo caso la inexistencia, en el proceso penal de menores, de determinadas garantías, máxime si tal privación carece una justificación adecuada (lo que no ocurre, por ejemplo, respecto del mentado principio de publicidad)². En concreto, en cuanto a la garantía de imparcialidad, nunca se ha dudado de su exigibilidad en el proceso de menores, sino que se ha reafirmado en varias resoluciones (STC 60/1995, de 16 de marzo, FJ 5); cuestión distinta, de lo que enseguida se tratará, es si en realidad la misma se cumple cabalmente en este proceso.

En la normativa que inauguró la nueva configuración del proceso penal de menores (la LO 4/1992, de 5 de junio) tras la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores por la STC 36/1991, de 14 de febrero, se justificaba la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal (en adelante, MF), línea seguida en la vigente LORPM, en la necesidad de preservar la imparcialidad del Juzgado de Menores en cuanto órgano juzgador^{3 4}. Pese a ello, el hecho de

¹ Y ello pese a las sucesivas reformas de que ha sido objeto la LORPM, entre las más relevantes, las llevadas a cabo por la LO 15/2003, de 25 de noviembre y por la LO 8/2006, de 4 de diciembre.

² *Vid.*, al respecto, el FJ 6 de la STC 36/1991, de 14 de febrero; las SSTEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH) de 16 de diciembre de 1999, casos *T. y V. contra Reino Unido*; Regla 8.ª de las Reglas de Beijing; y arts. 35 y 41 LORPM.

³ También para María Nieto Luengo: «Beneficios e inconvenientes (perjuicios) de la instrucción del proceso penal de menores por el Ministerio Fiscal», *Revista de Derecho UNED —RDUNED—*, núm. 8, 2011, pp. 345 y 347, esa estructuración salvaguarda la imparcialidad judicial.

⁴ No obstante, algunos autores ya apuntaron que no se trataba de la única opción legislativa; así, señalaba José de los Santos Martín Ostos: «Aspectos procesales de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores», en VV. AA., *Menores privados de libertad, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 163, que la imparcialidad del juzgador hubiera podido protegerse también con el establecimiento de un juez para la investigación y

que ese órgano jurisdiccional pueda disponer, entre otras, resoluciones limitativas de derechos fundamentales del menor y adoptar medidas cautelares, y luego ese mismo juez conozca, además, de la fase de enjuiciamiento y de decisión, podrían conculcar el derecho fundamental al juez imparcial, que si bien no tiene formulación expresa en nuestra CE, ha sido integrado por la jurisprudencia constitucional en el derecho a proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución española (en adelante, CE).

Aunque resulte conocido, no es ocioso recordar que la imparcialidad judicial se encuentra expresamente contemplada en los más relevantes textos internacionales sobre derechos fundamentales: en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948⁵; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre 1966⁶; en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos⁷; y, específicamente para la materia que aquí se trata, en el

otro distinto para el enjuiciamiento; e indicaba asimismo Gerardo Landrove Díaz: «Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *Diario La Ley*, núm. 5084, 27 de junio de 2000, p. 5, que «pudo haberse recurrido, por ejemplo, a la previsión de un Juez para la investigación y de otro distinto para el enjuiciamiento y fallo; esto es, un Juzgado de Instrucción de Menores y otro de lo Penal de Menores, al menos en cada provincia, para evitar que el mismo Juez de Menores que tuviese encomendada la instrucción celebrase después el juicio, con vulneración del principio de imparcialidad».

⁵ Art. 10: «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial...».

⁶ Art. 14: «Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial...».

⁷ Art. 6.1: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial...». Como nota Virginia Pardo Iranzo: «Constitución Europea y derechos procesales: notas sobre el Juez independiente e imparcial», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 19, julio de 2006, p. 11, la Constitución Europea reconocía este derecho en el Título VI del Libro II, art. II-107, con una redacción muy semejante: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída... por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley». Tras el fracaso de aquella, finalmente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge, en idénticos términos, tal derecho en el art. 47. 2.º («Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley»).

⁸ Y, aun fuera de nuestro ámbito de influencia, también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, art. 8.1: «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...». En aplicación de este precepto, según señala Victor M. Meléndez Reyes: *La imparcialidad objetiva en el proceso penal contra adolescentes. Aspectos sustantivos y procesales. Especial referencia a la sentencia de competencia 27-comp-2011*, Tesina para obtener el Grado de Maestro Judicial, San Salvador, marzo de 2014, disponible en [Repositorio.es.ed.sv/items/4b/e01-997/-483e-adtb-faf-784b8c7e/fall](https://repositorio.es.ed.sv/items/4b/e01-997/-483e-adtb-faf-784b8c7e/fall) (última consulta, 21 de octubre de 2024), p. 96, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la imparcialidad surge del derecho al debido proceso, exigiendo que el juzgador, en el caso concreto, no llegue al juicio con opiniones preconcebidas, siendo determinante al respecto su actuación previa dentro del proceso; la Corte, en el aspecto objetivo, exige no sólo que el juez sea imparcial, sino que también ha de inspirar la apariencia de que lo es en el momento del juicio, ya que solamente así existirá la confianza por parte del justiciable y de los ciudadanos en general de que el caso será resuelto con respeto a la garantía de imparcialidad.

art. 40.2.b.iii de la Convención de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño⁹.

En todos ellos se garantiza, con muy similares palabras, el derecho a ser oído por un tribunal imparcial. Y es que el órgano encargado de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado ha de estar dotado de imparcialidad porque, como afirma Calvo Sánchez, «si la Jurisdicción no es independiente y los Jueces y Magistrados no son imparciales no puede decirse que se administre verdadera Justicia, consustancial con el Estado de derecho, que exige la tutela judicial efectiva por un órgano imparcial a través del debido proceso»¹⁰. Del mismo modo ha dicho nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC) «que constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho que condiciona su existencia misma, ya que sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional. Por ello, la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con una especial trascendencia en el ámbito penal»¹¹; por tanto, también ha de tener esa especial relevancia en la esfera del proceso penal de menores.

Por otro lado, tanto la doctrina¹² como el TC diferencian dos aspectos de la imparcialidad judicial, particularmente en relación con las causas de abstención y recusación, clasificando las mismas en causas subjetivas, que son las atinentes a los vínculos entre el juez y las partes, y causas objetivas, que se refieren a la conexión del juez con el objeto del proceso¹³. Afirma así la STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 3, que el reco-

⁹ Los Estados garantizarán, en particular: «Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley...».

¹⁰ María del Carmen Calvo Sánchez: *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 23-24; señala a continuación la autora: «independencia e imparcialidad aparecen así como caracteres de los momentos en que puede ser contemplada la Jurisdicción; la independencia hace referencia al momento constitucional, a la Jurisdicción como Potestad; la imparcialidad se refiere al momento procesal, a la Jurisdicción como Función».

¹¹ *Vid.*, por todas, la STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 3.

¹² *Vid.*, entre otros, Ángel Arias Domínguez: *La abstención y la recusación de Jueces y Magistrados*, EDESA, Madrid, 1999, pp. 97-98; Salvador Guerrero Palomares: *La Imparcialidad Objetiva del Juez Penal. Análisis jurisprudencial y valoración crítica*, Thomson Reuters, Madrid, 2009, pp. 34-35 y Carlos Gómez Martínez: «La abstención y recusación como garantías de la imparcialidad del juez», en VV. AA., *La imparcialidad judicial*, Centro de Estudios judiciales, Madrid, 2008, p. 248. Se trata, como resalta este último autor, de una clasificación tradicional en el Derecho español de las causas de abstención y recusación.

¹³ Aunque la terminología sea equivalente, ha de señalarse que tal distinción conceptual no debe confundirse con la introducida por la jurisprudencia del TEDH, esto es, la diferenciación entre imparcialidad subjetiva, referida a lo que el juez piensa en su fuero interno, y la objetiva, que se identifica con la apariencia de imparcialidad; entre otras muchas: S. de 1 de octubre de 1982, caso *Piersack c. Bélgica*, § 30; S. de 26 de octubre de 1984, caso *De Cubber c. Bélgica*, §§ 24 y 25; S. de 24 de septiembre de 2009, caso *Merigaud c. Francia*, §§ 71 y 73; y S. de 6 de enero de 2010, caso *Vera Fernández-Huidobro c. España*, §§ 115 y 116. Razona sobre ello Plácido Fernández-Viagas Bartolomé: *El Juez imparcial*, Comares, Granada, 1997, pp. 144-145, que «(n)o basta con que el Juez concreto carezca de prejuicios, es necesario también que parezca que no los tiene»; ahora bien, es incuestionable que no cabría admitir «dudas meramente subjetivas, nacidas del delirio o de la exposición interesada de la parte, que no puedan ser constatadas», ofreciendo a continuación el autor una interesante reflexión acerca de por qué los temores pueden justificar el apartamiento de un

nocimiento del derecho a un juez imparcial «exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial. A esos efectos, se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquellas¹⁴, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él (así, SSTC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; o 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4)»¹⁵.

Es justamente esta última perspectiva de la imparcialidad —la objetiva¹⁶— la que queda en entredicho cuando nos acercamos al proceso penal de menores. Si ya en el proceso penal de adultos en múltiples ocasiones se ha estimado que la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento ha quedado empañada por la revisión en vía de recurso

Juez incluso cuando su falta de honestidad no haya podido acreditarse. Un compendio de la doctrina del TEDH sobre imparcialidad objetiva y subjetiva puede verse en Rafael Jiménez Asenjo: *Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial*, Aranzadi, 2002, pp. 191 y ss.; y para un amplio panorama de la doctrina del TEDH sobre el derecho al Juez imparcial *vid.* Jacobo López Barja de Quiroga: «El Juez imparcial», en VV. AA., *Jurisdicción y competencia penal*, Cuadernos de Derecho judicial CGPJ, Madrid, 1996, pp. 307 a 360, Joaquín González Casso: *Sobre el derecho al juez imparcial (o quien instruye no juzga)*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 15 y ss. y Jaime Campaner Muñoz: «El derecho a un juez independiente e imparcial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un enfoque crítico», *Revista General de Derecho Procesal* núm. 31, 2013, pp. 5 y ss., que se muestra crítico con aquella distinción, pues advierte que ambos aspectos (subjetivo y objetivo) revelan una sola posición subjetiva, esto es, «la parcialidad siempre es subjetiva, puesto que depende única y exclusivamente de la posición anómala del Juez en relación al caso, siendo indiferente a estos efectos las causas que lo motivan. Por lo que sería preferible que la denominación a emplear respectivamente fuera interna u oculta y externa o pública» (p. 6); dicho de otro modo, la parcialidad «reside siempre en el posicionamiento sesgado del Juez ante el caso, diferenciándose dicha parcialidad únicamente en el modo en que se exterioriza» (p. 7).

¹⁴ Para Jaime Campaner Muñoz: «El derecho a un juez independiente e imparcial...», *op. cit.*, p. 7, es erróneo aplicar la causa subjetiva solamente cuando tenga su origen en la relación previa con alguna de las partes, puesto que se deja fuera de su campo de salvaguarda «cualesquiera otras causas que impliquen una prevención o prejuicio del Juez, ideológica, política, social y otras análogas con independencia de que no haya tenido relación previa con alguna de las partes en el proceso».

¹⁵ En este sentido, expresiva resulta también la STC 164/2008, de 15 de diciembre, FJ 5, señalando que la imparcialidad del juzgador puede ser examinada desde dos perspectivas: «a) La “subjetiva”, o relativa a la relación del Juez con las partes, pues la neutralidad de los juzgadores se relaciona con la propia disposición del ánimo, con su actitud respecto de los contendientes, sin inclinarse a ninguno de ellos; y b) La “objetiva”, en tanto que busca preservar la relación del Juzgador con el objeto del proceso y que se dirige a asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de un recurso se acerquen al mismo sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso (por todas, STC 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4)».

¹⁶ Sobre ella, es interesante destacar, como indica Perfecto Andrés Ibáñez: «Imparcialidad judicial e independencia judicial», en VV.AA., *Ética judicial: Reflexiones desde Jueces para la Democracia*, disponible en http://www.juecesdemocracia.es/fundacion/publicaciones/AF_JU_PUBLICAC_ETICA.pdf (última consulta, 17 de octubre de 2024), p. 15, que incluso hasta en tiempos no tan lejanos la relación previa del órgano judicial con el objeto del juicio podía ser considerada abiertamente en la jurisprudencia como una ventaja, al favorecer (supuestamente) un mejor conocimiento de los hechos.

de determinadas resoluciones adoptadas por el Juez de Instrucción (medidas cautelares, auto de procesamiento, auto de sobreseimiento, etc.)¹⁷, no parece difícil advertir que la actuación jurisdiccional del Juez de Menores en la fase de expediente, al que se atribuye, entre otras intervenciones¹⁸, la adopción en exclusiva de medidas limitativas de derechos fundamentales (art. 23.3 LORPM) y de medidas cautelares (art. 28 LORPM), salvo la detención —que puede acordarse también por otras autoridades, art. 17 LORPM—, implica una toma de conocimiento que puede pugnar con la exigible posición imparcial del juzgador¹⁹.

¹⁷ Así, a título de ejemplo, la STC 39/2004, de 22 de marzo, que determinó que resultaban objetivamente justificadas las dudas de los recurrentes sobre los magistrados que formaban parte del órgano de enjuiciamiento y que se habían pronunciado anteriormente, en el auto que revocó el archivo de la causa, sobre el carácter doloso de la conducta de los entonces imputados.

¹⁸ Señala Jesús Sáez González: «Imparcialidad y situaciones de contaminación en la nueva Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor», en *Anuario de Justicia de Menores*, 2001, núm. 1, Editorial Astigi, Sevilla, 2001, p. 62, que la Ley «no puede calificarse precisamente como parca en intervenciones del Juez de Menores [...] en actuaciones que se desarrollan durante la instrucción», sistematizando a continuación las actuaciones en función de su mayor o menor riesgo de originar la contaminación vedada. Así, entre las que puede existir una aportación de datos y de información en grado suficiente para que haya motivo bastante para la duda en este orden —si bien en algunos de estos casos es difícil determinar cuándo existe un riesgo claro de contaminación, por lo que habría que descender a cada caso en particular para averiguar si queda o no pre-enjuiciado— señala, entre otras (pp. 65 y ss.): la audiencia al menor antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente; la aprobación de la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor; la declaración y mantenimiento del secreto del expediente; la recepción del preceptivo informe del equipo técnico, etc. El riesgo se acentúa, indica el autor, en la autorización de la práctica de diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales y en el control de la duración del secreto del expediente, existiendo una clara situación de prejuicio en los supuestos en que, solicitado por el MF el sobreseimiento, libre o provisional, o por cualquiera de las otras causas previstas en la LORPM (por ejemplo, art. 27.4 LORPM), el Juez decide la continuación del procedimiento; el conocimiento que tiene el Juez de Menores «del fondo del asunto, de la vinculación de un posible sujeto, lo colocan en una situación difícilmente aceptable para emitir una sentencia sobre ese mismo asunto con posterioridad». De otro lado, la adopción de medidas cautelares supone «una clarísima inmersión del que ha de juzgar en la información y en los datos que se han recopilado durante la instrucción», si bien, como también afirma (p. 66) «cuanto más próxima al comienzo de las actuaciones se adopte la medida cautelar personal más lejana se encuentra la posibilidad de que el juzgador se encuentre en posición de prejuicio», y concluye aseverando (p. 73) que: «Es imposible concluir que quien decide sobre estas medidas cautelares no tenga formado un criterio sobre la situación del expedientado, los hechos que se enjuician y la vinculación entre el primero y los segundos».

¹⁹ A mayor abundamiento, como subraya Manuel Miranda Estrampes: «Aspectos procesales de la nueva Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (I)», *Revista Jurídica Galega*, núm. 30, 2001, pp. 48 y 49, en la fase intermedia el Juez de Menores habrá de pronunciarse sobre la apertura de la audiencia o sobre el sobreseimiento (arts. 31, 33 y 34 LORPM); también practicará, conforme al art. 33.e) LORPM, las pruebas propuestas por el letrado del menor que hubieren sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción; finalmente, en la audiencia puede el Juez de Menores poner de manifiesto a las partes, al inicio del acto, la posibilidad de aplicar una calificación distinta o una distinta medida de las solicitadas en sus escritos de alegaciones (art. 37.1 LORPM). Resalta no obstante Jesús Sáez González: «Imparcialidad y situaciones de contaminación...», *op. cit.*, p. 65, que, una vez concluida la instrucción no parece que exista sospecha de prejuicio, ya que en ese momento el juez asume la dirección de las actuaciones y la formación de un juicio que expresará en la sentencia; por lo demás, la prueba anticipada en este supuesto es sencillamente prueba, practicada además directamente por quien habrá de emitir el fallo sobre el fondo del asunto. Sobre la posibilidad de que el Juez de Menores tenga contacto con el material probatorio antes de la audiencia, al establecer el art. 33. e) LORPM que puede practicar por sí las pruebas propuestas por las partes denegadas por el

Por consiguiente, el conjunto de competencias que se atribuyen al Juez de Menores antes del enjuiciamiento lo coloca en una situación de, al menos, eventual «contaminación», que puede vulnerar las exigencias derivadas del reconocimiento en el proceso penal de menores del derecho a un proceso con todas las garantías en su faceta de derecho a un juez imparcial²⁰. Ello, además, sin olvidar que «al tratarse de un órgano unipersonal, resulta aún más importante preservar la apariencia de imparcialidad» (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 6)²¹.

En relación concretamente con la adopción de la medida cautelar de internamiento, la STC 60/1995, de 16 de marzo (que desestimó varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas relativas a la infracción del derecho a un juez imparcial por la circunstancia de que el mismo Juez de Menores realice ciertos actos en el expediente y posteriormente conozca de la audiencia y dicte resolución), determinó que ese internamiento cautelar «solo puede efectuarlo el Juez a petición expresa del Fiscal y nunca de oficio, es decir, en tanto que prolongación de una detención policial previamente adoptada. Esa circunstancia, unida a que la designación de Abogado, en tal caso, deviene preceptiva —por lo que puede la defensa combatir con eficacia esa resolución limitativa del derecho a la libertad—, ocasiona que el Juez de Menores no pueda ya ser configurado como un “Juez instructor” (puesto que la instrucción le ha sido desgajada y conferida al Ministerio Público), sino como un “Juez de la libertad” o garante del libre ejercicio de los derechos fundamentales» (FJ 6). Es decir, como destaca González Pillado, según esta STC 60/1995, el elemento principal que garantizaría la imparcialidad judicial es que sólo puede acordarse la medida cautelar previa instancia de parte, de manera que esa solicitud de parte convierte al juez en un tercero en relación con la instrucción (que se encomienda al MF), y no se verá contaminado a la hora de dictar la sentencia que ponga fin al proceso²².

Fiscal en la instrucción, siempre que las considere relevantes a efectos del proceso y que no puedan practicarse en aquel acto, *vid.* el Antecedente 3.c) de la STC 146/2012, de 5 de julio, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Menores núm. 1 de Valencia respecto de varios artículos de la LORPM; en dicha Sentencia se inadmitió la cuestión en relación con aquel —y otros— preceptos por ausencia del trámite de audiencia al Fiscal y a las partes (art. 35.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

²⁰ En este sentido, Manuel Miranda Estrampes: «Aspectos procesales...», *op. cit.*, p. 49.

²¹ En esta línea, puede recordarse la STC 310/2000, de 18 de diciembre, FJ 4, cuando afirma que «el derecho a un Juez imparcial comprende no sólo la exclusión de las prevenciones y prejuicios efectivamente producidos como resultado de dichas actuaciones, sino también la exigencia de prevenir la impresión, apariencia o imagen externa de que el Juez no acomete la función de juzgar con plena imparcialidad»; en igual sentido, ya la STC 142/1997, de 15 de septiembre, FJ 2, manifestaba que «[...] “incluso las apariencias pueden revestir importancia” (Sentencia del TEDH de 26 de octubre de 1984 —caso DE CUBBER—, en virtud del adagio anglosajón según el cual “no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace” (Sentencia del TEDH de 17 de enero de 1970 —asunto DELCOURT—). En definitiva, ha de quedar descalificado como Juez todo aquél de quien pueda dudarse de su imparcialidad, debiendo abstenerse y pudiendo ser recusado (Sentencias del TEDH de 26 de octubre de 1984 —asunto DE CUBBER— y 24 de mayo de 1989 —Asunto HAUSCHILDT—)».

²² Esther González Pillado: «Las medidas cautelares en el proceso penal de menores en España», *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 24, 2009, p. 46.

Ante ello, cabe decir que, innegablemente, si el Juez de Menores actuara de oficio en la adopción de una medida cautelar se pondría más que en duda su imparcialidad, porque se habría formado ya un criterio sobre la culpabilidad del menor antes de iniciarse la audiencia. Sin embargo, la circunstancia de que el internamiento cautelar únicamente pueda ejecutarlo el juez a petición expresa del fiscal y nunca de oficio (a la que la STC 60/1995 une que el menor está asistido de abogado y puede, por tanto, combatir con eficacia esta resolución) no parece bastante para asegurar la imparcialidad, pues no puede olvidarse que el Juez de Menores, para poder adoptar esta u otra medida cautelar, ha de haber constatado previamente la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito por parte del menor (art. 28.1 LORPM)²³. En otras palabras, el juez ha de realizar un juicio sobre la probabilidad de que el menor haya cometido el hecho delictivo (previéndose, además, para el caso del internamiento, la celebración de una comparecencia en la que pueden practicarse pruebas, art. 28.2 LORPM) y, verificado ese juicio y adoptada la medida, será complicado que después pueda dictar la sentencia sin un prejuicio ya formado sobre la culpabilidad del menor²⁴. Y lo mismo cabe decir si se hubiera acordado alguna diligencia restrictiva de derechos fundamentales, ya que únicamente pueden adoptarse cuando el juez encuentre indicios suficien-

²³ Vid. Manuel Miranda Estrampes: «Aspectos procesales...», *op. cit.*, p. 51, donde cita la STC 320/1993, de 8 de noviembre, en que, en un «supuesto de adopción de medidas cautelares en el auto de apertura de juicio oral, dictado en el marco de un Procedimiento Abreviado, y que se concretaron en la prestación de fianza respecto de las eventuales responsabilidades pecuniarias, el embargo de bienes del acusado y la libertad provisional del mismo, declaraba, en su FJ 3, que “constituye un común denominador de todas las medidas cautelares, penales y civiles, que puedan disponerse en el proceso penal el de que su *fumus boni iuris* o presupuesto material que justifica su adopción estriba en un fundado juicio de imputación que ha de formarse el Juez de Instrucción sobre la participación del acusado del hecho punible (arts. 503.3 y 589 LECr.). La asunción por el Juez de Instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el Juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juicio oral contra un acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar, y basta con constatarlo así para dispensar a este Tribunal del examen que, desde el punto de vista de la imparcialidad objetiva, pudieran proporcionar otras resoluciones y actos de investigación practicados por el Juez de Instrucción”».

²⁴ Vid. Esther González Pillado: «Las medidas cautelares...», *op. cit.*, pp. 46 y 47, donde concluye mostrando su desacuerdo con la doctrina constitucional respecto a la valoración judicial sobre los actos de instrucción que requiere la adopción de la medida cautelar, ya que quiebra la imparcialidad judicial. En este sentido, afirma Fernando López Parra: *Imparcialidad. Derecho a un juez no prevenido*, Tesis Doctoral, Madrid, 2013, disponible en <https://burjcdigital.urjc.es/bitstream/handle/10115/12237/Imparcialidad.%20Derecho%20a%20un%20juez%20no%20prevenido.%20Fernando%20L%C3%B3pez%20Parra.pdf> (última consulta, 18 de octubre de 2024), pp. 212 y 213 que: «Estamos en un caso claro en el que hay que concluir afirmando, siempre según los criterios sobre la imparcialidad que fijó la STC 145/1988, que el Juez que interviene en la adopción de estas medidas cautelares debe quedar al margen de la resolución final del asunto». Sobre ello, observa certeramente Jaime Campaner Muñoz: «El derecho a un juez independiente e imparcial...», *op. cit.*, pp. 19 y 20, «que el Juez que conoce de un Auto de prisión preventiva o de un Auto de procesamiento, que conlleva necesariamente revisar —aunque sea con carácter de mínimos la relación de hechos que se le vienen imputando al ciudadano— y adoptar una decisión que se supone fruto de una reflexión y que implicará necesariamente —diga lo que se diga por el TEDH— la asunción de una posición favorable o adversa hacia el justiciable y los hechos que se van a enjuiciar, que natural y obligadamente, en caso de volver a conocer del asunto, va a impregnar y, en consecuencia, contaminar de modo inexorable su decisión definitiva».

tes de que la persona cuyos derechos se han de limitar ha cometido un hecho delictivo concreto²⁵.

Por ello, tal vez sea tiempo ya de revisar esta doctrina constitucional (referida, por lo demás, a la LO 4/1992, de 5 de junio, si bien cabe extrapolarla a la regulación vigente); y, además, respecto a aquella afirmación del TC relativa a que el Juez de Menores se configura como «Juez de la libertad» o Juez de garantías²⁶, hay que subrayar que en los últimos textos pre-legislativos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim.) de 2011 y 2013, y también en el más reciente Anteproyecto de LECrim. de noviembre del año 2020, se establece que la actuación como Juez de garantías resulta incompatible con su actuación en ulteriores fases procesales incluida, por tanto, la de enjuiciamiento²⁷.

²⁵ Sobre ello, anota Fernando López Parra: *Imparcialidad...*, *op. cit.*, pp. 201 y 202, que el juez realiza una cierta investigación cuando decide sobre diligencias restrictivas de derechos fundamentales, ya que ha de valorar los hechos y la participación en ellos del menor de acuerdo con el principio de proporcionalidad, lo que conlleva la práctica de actos por el propio juez; se trata de situaciones en las que puede haber una aportación de datos y de información al juez en suficiente grado como para que exista motivo más que suficiente de duda. En estos casos, añade más adelante (pp. 203 y 204), estando el juez para ejercer algún control sobre los derechos fundamentales y no solamente para dar el visto bueno a lo que pida el MF, hay que concluir que ha de ser informado de las razones que concurren para que este tipo de diligencias puedan ser autorizadas, de manera que todo parece revelar que en estos supuestos hay un claro riesgo de que el que ha de juzgar se pueda formar una previa opinión sobre la materia que pone bajo sospecha su imparcialidad. Y lo mismo cabe decir en cuanto a la declaración y, sobre todo, control de la duración del secreto del expediente, pues cuando haya de prorrogarse el tiempo del secreto, habrán de exponerse ante el juez las razones que lo reclaman, por lo que resulta difícil negar la forzosa implicación en el conocimiento de los hechos del expediente en tales situaciones. Acerca de la contaminación del juzgador que previamente ha acordado diligencias limitativas de derechos fundamentales, indica también Santiago Javier Granado Pachón: «Disfunciones procesales y garantías constitucionales en el sistema ideado por la LO 5/2000, de 5 de enero, de responsabilidad penal del menor», *Revista Penal México*, núm. 9, septiembre de 2015-febrero de 2016, p. 79, que la habilitación del art. 23.3 LORPM «choca con los parámetros de imparcialidad predicables en toda función jurisdiccional, constituyendo una considerable disfunción sobre la que planea la sombra de la inconstitucionalidad».

²⁶ Juez de garantías que precisamente el TC configura en la STC 41/1998, de 24 de febrero, FJ 14, como aquel «que no lleva a cabo ninguna investigación, limitándose a decidir sobre medidas cautelares y a controlar las diligencias que interfieren derechos y libertades fundamentales».

²⁷ *Vid.* el art. 8.4 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011: «El magistrado que haya actuado como Juez de Garantías no podrá intervenir en las fases posteriores del procedimiento»; y art. 42.2 del borrador de Código Procesal Penal de 2013: «Será también motivo de abstención o recusación para el enjuiciamiento o el conocimiento de los recursos el haber conocido de la causa en el Tribunal de Garantías o haber conocido de otro proceso por el mismo hecho». Y, en la misma línea, el art. 8.4 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020: «El magistrado que haya actuado como Juez de Garantías no podrá intervenir en las fases posteriores del procedimiento». Sin embargo, y contrariando tal postulado, en nuestro vigente sistema de justicia penal de menores, como apunta Cristina Sala Donado: *Proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal*, Tesis doctoral, Girona, 2002, p. 270, disponible en <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/7683/tcsd.pdf?sequence=3&isAllowed=y> (última visita, 18 de octubre de 2024): «El legislador, seguramente apremiado por cuestiones coyunturales —fundamentalmente atañentes a la planta judicial— ha optado por atribuir la función de “juez de garantías” al mismo órgano encargado del enjuiciamiento».

Refiere García Ingelmo²⁸ que el criterio que sentó la STC 60/1995 acerca de la no contaminación procesal del Juez de Menores para enjuiciar los hechos tras haber adoptado anteriormente una medida cautelar en la misma causa, pudo ponerse en cuestión tras el Auto 419/2010, de 21 de junio, de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el que se admitió la abstención del Juez de Menores núm. 3 de Sevilla, en el supuesto conocido como caso «Marta del Castillo», al considerar que la actividad instructora de este órgano jurisdiccional no había sido puntual y episódica, sino que, dado el gran despliegue de la actuación judicial en la fase de expediente, se había producido un contacto trascendental con el proceso, puesto que había dictado numerosas resoluciones (medida cautelar de internamiento en régimen cerrado, prórroga del mismo hasta el límite legalmente permitido, medidas restrictivas de derechos fundamentales...) que podían comprometer su exigible imparcialidad. Estimó la Audiencia Provincial que esa abstención «es ajustada a derecho» y «no sólo preserva la imparcialidad en el ánimo del juzgador, sino que también se elimina toda duda, sospecha o recelo por los justiciables»²⁹.

En cualquier caso, a mi juicio, y más allá de la indagación ocasional acerca de la pérdida de imparcialidad que pueda hacerse en otros ámbitos procesales en cada supuesto concreto^{30 31}, y dado que en esta esfera la legislación vigente propicia la posibilidad de

²⁸ F. M. García Ingelmo: «Actuación del fiscal durante el servicio de guardia en relación a menores detenidos y medidas cautelares», *Seminario especialización en menores: protección y reforma*, Madrid, mayo de 2013, pp. 42 y 43. Concluye el autor que, sin embargo, habida cuenta de las peculiaridades y de lo excepcional del caso, la citada resolución no menoscaba la vigencia de la doctrina que marcó la STC 60/1995, ya que en el caso comentado, el Juez Menores de Sevilla no se limitó a la adopción de una medida cautelar, sino que dictó numerosas resoluciones que afectaban a la investigación, de modo que no se trata de un ejemplo representativo.

²⁹ *Vid.* el FD 3.º del precitado Auto 419/2010 de la AP de Sevilla, en el que puede leerse que: «No se trata de una actividad instructora que, podríamos denominar, puntual, episódica (dictado de una medida cautelar en momento puntual y de forma incidental), sino de un contacto con el procedimiento, trascendental, relevante, porque el dictado de numerosas resoluciones, por los términos empleados en su redacción, necesariamente, demuestran que el ahora abstenido ha tenido que conocer el procedimiento en toda su extensión, valorar y lo que es, sin duda importante y decisivo, formarse antes del dictado de alguna de las resoluciones, un cierto criterio en orden a la resolución del expediente, lo que sin duda le priva de la imparcialidad objetiva exigible. [...] admitiendo justificada la abstención, no solo se preserva la imparcialidad en el ánimo del Juzgador, sino que también se elimina toda duda, sospecha o recelo por los justiciables, cumpliendo con ello las premisas expuestas por el Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre actuaciones «relacionadas con la Instrucción».

³⁰ *Vid.*, por todas, la STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 3, en la que se recoge la doctrina constitucional reiteradamente aplicada, señalando que se ha considerado «que habrá de analizarse cada caso a la luz de sus concretas características y bajo los presupuestos de que en principio la imparcialidad del Juez ha de presumirse y los datos que pueda objetivamente poner en cuestión su idoneidad han de ser probados, por una parte, y de que, por razones obvias de estricta y peculiar vinculación del Juez a la ley, tal imparcialidad es especialmente exigible en el ámbito penal (SSTC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 156/2007, de 2 de julio, FJ 6). El punto de partida es, por tanto, la regla de imparcialidad del juez conforme a criterios de normalidad, al formar parte de los elementos configuradores de la función jurisdiccional. La ausencia de imparcialidad, en cuanto excepción, ha de probarse en cada caso, pues además

menoscabo —y por ende una notable probabilidad de quebrantamiento efectivo³²— del juez imparcial en todos los procesos penales³³, cabría afirmar que nos encontramos más

de afectar a la composición del órgano judicial y al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, como se ha adelantado, en la medida en que aparte al juzgador del conocimiento de un asunto que le viene asignado en virtud de las normas predeterminantes de la jurisdicción, la competencia, el reparto de asuntos, la formación de salas y la asignación de ponencias, cuya aplicación con criterios objetivos concreta el Juez del caso, tampoco puede presumirse en la medida en que tanto la infracción a sabiendas del deber de abstención (art. 417.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ), como la abstención injustificada (art. 418.15 LOPJ), constituyen graves ilícitos de naturaleza disciplinaria en los que el Juez podría incurrir de incumplir el deber profesional fundamental de actuar con imparcialidad [...] se ha puntualizado que no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (así, SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; y 47/2011, de 12 de abril, FJ 9)». Censura, no sin razón, esta jurisprudencia que determina el análisis casuístico de la parcialidad, Jaime Campaner Muñoz.: «El derecho a un juez independiente e imparcial...», *op. cit.*, p. 19, con referencia en este caso a la doctrina del TEDH sobre apreciación de falta de imparcialidad en el aspecto objetivo, afirmando que recurre, con notable error, «a un parámetro netamente subjetivo: la estimación o no de la parcialidad en cada caso dependerá de la clase y naturaleza de la intervención y conocimiento adquirido a exclusivo criterio del TEDH. Este baremo origina una total y absoluta falta de seguridad jurídica a los justiciables, puesto que a partir de esta doctrina general y consolidada, la existencia o no de parcialidad objetiva dependerá del criterio subjetivo de los miembros del TEDH que van a conocer de cada asunto, relativa a si la intervención previa del Juez en el proceso ha contaminado o no su criterio imparcial, con lo que entramos en un círculo infernal de presunta arbitrariedad sin límites ante la falta de determinación de una referencia objetiva e indiscutible»; ante ello, propone más adelante (p. 21) que *de lege ferenda*, y como solución a frente a aquella inseguridad, que además evitaría la cadena de recursos —aliviándose así el trabajo de los órganos jurisdiccionales—, la «prohibición absoluta y total de que cualquier Juez pueda asumir la decisión de un asunto en cualquier instancia, sea cual sea su naturaleza, en el que se dé la circunstancia acreditada de su intervención previa, con total independencia del concepto de su intervención, intensidad, magnitud y/o razón. Se trata, en suma, de una medida profiláctica».

³¹ Para José Portal Monrubia: *Medidas cautelares personales en el proceso penal de menores (según reforma de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid, 2008, p. 245, también en el proceso de menores habría de examinarse caso por caso el contenido de la decisión que acuerde la medida cautelar para determinar el prejuicio que pudiera concurrir en orden a que el menor sea enjuiciado por ese mismo juez que adoptó la medida cautelar personal; esto es, de la mera lectura de la resolución se desprendería si en algún momento se da por probada la autoría y la responsabilidad del menor, de modo que si se diera tal supuesto, debería denunciarse la falta de imparcialidad objetiva del juzgador, ya que puede tener formado un prejuicio.

³² En este sentido, Santiago Javier Granado Pachón: «Disfunciones procesales...», *op. cit.*, p. 80, donde agrega que «al fin y al cabo el Juez deberá adoptar una decisión que podrá verse influenciada por el contacto con el material fáctico, sin que sea válida la justificación de la constitucionalidad de tales preceptos, a través del recurso relativo “a la valoración del caso concreto”, dadas las dificultades probatorias de contaminación. Por último, cabe señalar que nunca existió un procedimiento judicial donde tanto el ejercicio de la función jurisdiccional como la relativa al interés público y de legalidad fueran tan comunicables entre sus integrantes, ocasionando una ambivalencia funcional desconcertante».

³³ Ese alto riesgo de menoscabo del derecho al juez imparcial, evidentemente, se aprecia con mayor nitidez en aquellos procesos penales de menores en que se enjuicien delitos de cierta gravedad, en los que se presenta con mayor probabilidad la necesidad de adoptar medidas cautelares, como también diligencias restrictivas de derechos fundamentales; lo que, por otra parte, tampoco excluye su concurrencia en otro tipo de supuestos.

bien ante una carencia estructural del sistema procesal de menores que bien podría solucionarse con el establecimiento de un juez para la investigación y de otro órgano jurisdiccional distinto —no necesariamente unipersonal en todos los supuestos, como más adelante se verá— para el enjuiciamiento y fallo.

III. La discutible regulación de la declaración del menor en la fase de expediente

Otro punto problemático del proceso penal de menores es el referido a la declaración del menor en la fase de expediente. Entre las competencias que tiene atribuidas el MF en esta etapa, está la de recibir la declaración del menor, pero esta diligencia no tiene carácter imperativo en la Ley, salvo que alguna de las partes la hubiera propuesto antes de que concluya la instrucción y el expediente haya sido elevado al Juzgado de Menores, en cuyo caso sí deberá llevarse a efecto (art. 26.2 LORPM). Dicho de otro modo, ello supone que puede haber casos en los que el menor no haya efectuado declaración alguna ante el instructor (recuérdese, el MF en el proceso que aquí se trata) durante la fase de expediente; no se prevé, por consiguiente, un trámite de audiencia al menor expedientado durante la instrucción equivalente a la adquisición de la condición formal de imputado en esa fase en el proceso penal de adultos. Habida cuenta de ello, pues, cabría considerar que se lesiona el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) puesto que no se exige al instructor, excepto que lo pida alguna de las partes, que oiga al menor antes de que se formule la acusación³⁴.

Esta materia fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad³⁵ que fue resuelta, en sentido desestimatorio, por la STC 146/2012, de 5 de julio.

Apreciaba el órgano judicial proponente que se lesionaba el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por no existir un trámite obligatorio de audiencia al expedientado durante la instrucción y con carácter previo a la apertura de la fase de audiencia. En concreto, la inconstitucionalidad de los preceptos emanaría de que el art. 26.2 LORPM está partiendo de la posibilidad de que se pueda concluir la instrucción del expediente sin que el instructor haya oído al menor expedientado, y de que el art. 31 LORPM, regulador de la apertura del trámite de audiencia, permite esa

³⁴ Esto es, como se relata en el Antecedente 3.b) de la STC 146/2012, de 5 de julio (*vid.*, también, la siguiente nota al pie), cabe «la posibilidad de que el menor conozca por primera vez la imputación de los hechos al darle traslado el Juez de menores del escrito de alegaciones del Fiscal, de acuerdo con el art. 31, después de la apertura del trámite de audiencia, de modo que el menor no habría declarado con anterioridad como imputado. Así, el propio art. 26.2 parte de la posibilidad de que el menor no haya declarado todavía, pues aunque el letrado pida la declaración del menor y aunque, en principio, el Fiscal está obligado a recibir dicha declaración, tal obligación decae en caso de que hubiese concluido la instrucción y hubiere elevado el expediente al Juzgado de Menores. Se advierte que, en el caso, el menor no declaró ante el instructor ni ante el Juez de menores antes del juicio oral, siendo inaceptable, en opinión del órgano judicial proponente, que el menor haya estado internado en régimen cerrado sin “haber podido defenderse o cuestionar su detención ante el propio instructor del expediente”».

³⁵ Cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Menores núm. 1 de Valencia, respecto a los arts. 16. 2 y 4, 17.4 y 5, 18, 23.3, 26.1, 2 y 3, 28.2, 31, 33 e), 41, y 61 a 64 de la LORPM.

apertura sin que se haya oído al menor. Sostenía en este sentido aquel órgano judicial que una de las reglas estructurales del proceso penal de adultos, exigida por el derecho al proceso con todas las garantías en la jurisprudencia constitucional, es la relativa al derecho que tiene toda persona a no ser acusada formalmente sin haber adquirido previamente durante la instrucción la condición de imputada o encausada; y ello para que se le dé a conocer el hecho punible que se le imputa, ejercer su defensa sin límites desde ese momento, para que se le ilustre de sus derechos y especialmente del de ser asistido de letrado, y también para poder exponer su versión exculpatoria ante el instructor.

Pues bien, a ello responde el TC que efectivamente se ha venido reiterando que una de las garantías contenidas en el derecho al proceso justo consiste en ser citado para adquirir la condición de imputado. Esto dicho, añade el TC que las reglas y garantías aplicables al proceso penal de adultos (entre las que ciertamente se encuentra el derecho a ser oído por el instructor antes de que finalice la instrucción y de que se presente formalmente la acusación) pueden modularse o llegar a excluirse al ser proyectadas al proceso penal de menores, donde ha de priorizarse el superior interés del menor. Así las cosas, lo que habría que analizar es si el derecho a ser oído por el instructor antes de que finalice la instrucción y de la presentación formal de la acusación ha de trasladarse al proceso de menores o, en cambio, puede ser modulado en función de otros intereses que resulten dignos de consideración; en suma, la queja del órgano judicial se concretaría en una inconstitucionalidad por la falta de regulación de un trámite que considera constitucionalmente imprescindible.

A partir de ahí, precisa el TC que las normas reguladoras de la instrucción del expediente (arts. 16 a 30 LORPM), si bien no establecen específicamente el trámite de audiencia al menor como obligación del instructor, sí contemplan otros trances relevantes (entre ellos, señaladamente los contenidos en el art. 22 LORPM³⁶) para el ejercicio del derecho de defensa del menor en aquella fase y previstos para la salvaguarda —con las adaptaciones necesarias para la protección de sus intereses— de las garantías que se compendian en el proceso penal de adultos en el trámite de adquisición de la condición de imputado, siendo la única diferencia apreciable en relación con lo requerido en este último proceso, que en el de menores el conocimiento de los hechos que se le imputan y sus derechos no lo obtiene el menor en un encuentro personal con el instructor en todo caso, ya que no aparece como de obligada realización. Esa falta de

³⁶ Afirma la STC 146/2012, de 5 de julio, FJ 8: «A partir del contenido del art. 22.2 resulta que el menor tiene conocimiento de la instrucción del expediente desde el momento mismo de su incoación y que, a través del abogado —que, en caso de no ser nombrado por él, será designado de oficio en ese momento—, podrá intervenir desde el principio en la fase instructora del expediente y proponer las diligencias que estime pertinentes, de manera que queda salvaguardado el derecho del menor a intervenir en el procedimiento. De otra parte, el art. 22.1 a) especifica el deber del Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de informar al menor de los derechos que le asisten, desde el momento mismo de la incoación del expediente. La única diferencia que se observa respecto de lo requerido en el proceso penal de adultos reside en que dicho conocimiento —de los hechos que se le imputan y de sus derechos—, no lo adquiere directamente el menor en un encuentro personal con el instructor en todo caso, pues la incoación del expediente puede conocerla a través de su notificación por escrito y la ilustración de sus derechos puede ser llevada a cabo por la policía».

obligatoriedad vendría remediada, estima el TC, de un lado, por el carácter imperativo de ese encuentro personal cuando lo solicite temporáneamente su letrado³⁷ y, de otro, por la audiencia ante el órgano judicial, puesto que el art. 22.1.d) LORPM dispone que es un derecho del menor el ser oído por aquél antes de adoptar cualquier resolución que le ataña personalmente, de forma que aunque pueda acordarse su internamiento sin que el instructor le haya oído, el órgano judicial sí debe oír al menor si se le solicita³⁸.

Además, manifiesta el TC que el fundamento de la inexistencia de la diligencia obligatoria de audiencia al menor ante el fiscal instructor radicaría en la valoración del superior interés individual de cada menor³⁹, ya que la reducción de trámites persigue evitar la estigmatización y los efectos desfavorables que la propia sustanciación del proceso o su excesiva duración pueden causarle⁴⁰; de esa misma ponderación del interés del menor deriva que la Ley no exija el encuentro personal con el fiscal instructor, si bien, ante la solicitud del letrado que estima necesario tal encuentro para la defensa del menor, deviene preceptivo aquel encuentro.

El argumento de la celeridad exigible al proceso penal de menores fue uno de los empleados ya en la Circular de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) 1/2007⁴¹, al pronunciarse sobre la preceptividad (o no) de la declaración del menor como imputado en la fase de instrucción. Se apunta allí que la regla general ha de ser

³⁷ En el mismo sentido, se afirmaba en apartado IX.-5 de la Circular de la FGE 1/2007, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*, que la previsión del art. 26 LORPM, al obligar al fiscal a recibir declaración al menor ante la proposición del letrado salvo que hubiera concluido el expediente y hubiese sido remitido al Juzgado de Menores, neutraliza el riesgo de sufrir acusaciones sorpresivas; asimismo, se señalaba que coadyuva a tal fin el sistema de instrucción que sigue la LORPM sin necesidad de imponer como obligatoria la declaración ante el instructor, pues «desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tiene derecho a ser informado por el Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de los derechos que le asisten (art. 22.1.a). También desde la incoación del expediente el menor está obligatoriamente asistido por un abogado».

³⁸ Frente a tal argumento, no obstante, cabe oponer que lo que se discute no es la entrevista personal con el juez, sino con el instructor, que es quien formulará posteriormente, en su caso, escrito de alegaciones acusatorias; por lo demás, no deja de ser desconcertante que el fiscal pueda solicitar el internamiento del menor sin haberle recibido antes declaración.

³⁹ Al respecto, ha de resaltarse que resulta cuando menos sorprendente que se extraiga el criterio general de que «la inexistencia de un trámite obligatorio de audiencia del menor ante el fiscal instructor tiene un fundamento consistente y razonable en la necesaria evaluación del interés individual de cada menor», aludiendo, por tanto, en ese mismo enunciado general, al «interés *individual* de *cada* menor» (la cursiva es mía).

⁴⁰ Aunque obviamente los procesos constitucionales no se rigen por el principio del superior interés del menor, fundamentar la inexistencia de una obligatoria audiencia ante el instructor en «los efectos desfavorables en el menor que la propia sustanciación del proceso o su excesiva duración puede ocasionarle», no deja de resultar turbador cuando se repara en que el TC resolvió en el año 2012 la cuestión de inconstitucionalidad que se comenta y que fue planteada en el año 2001.

⁴¹ Apartado IX.-5 de la precitada Circular de la FGE 1/2007, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*, indicándose también que esa posibilidad, la de no resultar imprescindible oír al menor como requisito previo a la formulación de alegaciones acusatorias, «ha sido asumida por la Audiencia Provincial de Sevilla sec. 3.ª en autos, entre otros, de 13 de junio de 2002 y de 5 y 11 de diciembre de 2006 y por la Audiencia Provincial de Jaén sec. 1.ª en auto 126/2001, de 10 de octubre».

esa toma de declaración por el fiscal antes de poder formular alegaciones acusatorias, sin que su ausencia resulte justificable en supuestos de delitos graves o que, sin serlo, vayan a ocasionar la solicitud de medidas privativas de libertad, como tampoco cuando sea necesario para esclarecer aspectos importantes de los hechos investigados; pero —se añade— con relativa frecuencia la práctica ha puesto de relieve que «se plantean supuestos en los que contándose con un informe reciente del Equipo Técnico del menor incurso en el expediente y no siendo por tanto imprescindible esta diligencia, con el fin de evitar la detención del menor al no comparecer éste voluntariamente en Fiscalía⁴² y para evitar dilaciones en la tramitación del expediente⁴³, se hace aconsejable formular alegaciones prescindiendo de este trámite», de modo que para tales supuestos, que habrán de interpretarse restrictivamente como excepción a la regla general, cabrá considerar que «no es imprescindible oír al menor como requisito previo para formular alegaciones acusatorias»⁴⁴.

Sin embargo, el argumento sostenido tanto por el TC como por la FGE, referente a la evitación de una eventual dilación procesal, no puede alzarse en causa bastante para justificar la omisión de la declaración que aquí se trata, pues no estamos desde luego ante una diligencia superflua, sino ante una manifestación del derecho de defensa que tiene además otras derivaciones como la propia salvaguarda del interés superior del

⁴² Adviértase que se parte de la base de un supuesto que no tiene por qué darse, o no necesariamente, cual es que el menor no va a presentarse de forma voluntaria al llamamiento del fiscal. De otra parte, ha de tenerse en cuenta que la comparecencia del menor a efectos de la realización del obligatorio informe del equipo técnico también podría aprovecharse para esa toma de declaración. Como nota Gema García Hernández: «Equipo técnico y medidas judiciales», disponible en <https://www.fiscal.es/documents/20142/276941/Ponencia+Gema+Garc%C3%ADa+Hern%C3%A1ndez.pdf/2c77d13d-c62f-41f7-180e-4d30561d0449?version=1.0&t=1562241457143> (última visita, 21 de octubre de 2024), p. 12, en la Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, *sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio*, se señala que la citación por el equipo técnico a los menores se efectuará por la policía adscrita al juzgado y si el menor se negara reiteradamente a comparecer a fin de ser examinado por los miembros del equipo técnico, podrá, previo apercibimiento, ordenarse la detención; otra posibilidad sería dirigir un requerimiento a los padres o representantes legales, y si no fuera atendido, obstaculizando la comparecencia, cabría valorar esa conducta como desobediencia en el orden penal, ya que oponerse a esa comparecencia no integra los derechos atribuidos a la patria potestad o tutela. Sobre este último extremo de la Instrucción, indica la autora que quizá sería interesante valorar la conducta de los progenitores en el ámbito de protección, pues el encaje penal de la conducta de los padres difícilmente sería tipificable a la vista de la redacción del art. 416 LECrim.

⁴³ Acerca de ello, se añade en la Circular que «el principio de celeridad, vital en la Justicia Juvenil y generador de la obligación de reducir la fase de instrucción al mínimo imprescindible, suprimiendo declaraciones reiterativas impone también evitar interpretaciones rígidas. Por lo demás, configurar tal diligencia como de obligada práctica en todo caso derivaría en ocasiones en la necesidad de practicar detenciones de menores perfectamente evitables».

⁴⁴ Se agrega en la antedicha Circular que: «El análisis de los antecedentes legislativos también da cobertura a esta válvula flexibilizadora: el Legislador de 2000 suprimió la comparecencia establecida en el artículo 15.6 de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, *sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores*, en la que el Juez de Menores hacía una expresa imputación de hechos al menor y le instruía de sus derechos. Por otro lado, el Legislador, al aprobar la LORPM de sobra conocía la jurisprudencia constitucional sobre la imputación, asumida desde la STC núm. 186/1990, de 15 de noviembre y pese a ello, no la trasladó al texto de la Ley. Tampoco lo hace en la LO 8/2006, de 4 de diciembre, pese al gran número de artículos que retoca».

menor. Con idéntica base seguramente cabría prescindir, con más sentido, de otro tipo de diligencias no afectantes a derechos fundamentales. De otro lado, y en cuanto a la supuesta estigmatización del menor que apunta el TC⁴⁵ cabe oponer, como hace Granada Pachón, que resulta paradójico que se pretenda impedir esa estigmatización proveniente de encontrarse sometido a un proceso y que, en cambio, deba esperarse hasta la fase de audiencia para tener la oportunidad de exponer personalmente su versión de los hechos⁴⁶. A mayor abundamiento, no es inverosímil concebir que aparecer como una suerte de convidado de piedra en esa fase de expediente sí deje cierto estigma al menor, así como una sensación de abandono por el sistema de justicia que provoque una cierta desafección al mismo, si el menor repara en que su declaración no resulta obligatoria para el órgano encargado de la investigación de los hechos delictivos que se le atribuyen y sobre los que, no obstante, no debe ser escuchado salvo que así lo solicite su defensa.

Por su parte, remata el TC afirmando (FJ 9) que «si lo que se persigue con las exigencias asociadas al art. 24.2 CE que deben cumplirse en la fase de instrucción es garantizar la efectividad del derecho a la defensa y de evitar que se puedan producir contra la persona inculpada en una causa penal, aun en fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión [...] podemos descartar que los preceptos cuestionados vulneren la Constitución. En la medida en que quedan salvaguardados los derechos del menor a conocer el hecho punible que se le atribuye, a conocer los derechos que le asisten, y a intervenir en el procedimiento ejerciendo su derecho de defensa, a los efectos de que no haya acusación sorpresiva, desde el momento de la incoación del expediente (art. 22 LORPM), aunque no sea a través de una entrevista personal con el Fiscal instructor, y en la medida en que, como no podía ser de otra manera, la Ley no prohíbe que el instructor reciba declaración al menor cuando lo estime perti-

⁴⁵ Acerca de ello, apunta certeramente Pablo Contreras Cerezo: «La ausencia de un trámite obligatorio de audiencia al menor, en el expediente de la LORRPM, no vulneran los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías del menor dada la posibilidad que la ley otorga a éste para intervenir en el expediente y ser oído, a su instancia, con carácter obligatorio», *Diario La Ley*, núm. 7943, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 15 de octubre de 2012, que: «No parece que estigmatice al menor que sea obligatorio, en el expediente, ser oído sobre los hechos imputados por el fiscal instructor, habida cuenta que este órgano es el garante del superior interés del menor, que dicha declaración se hará en condiciones que menos perjudiquen al mismo, más si se tiene en cuenta que, sin embargo, la ley no impide que el menor sea oído con ocasión de la detención policial, art. 17.1 LORRPM, circunstancia ésta que puede suponer para el menor una situación de mayor “estrés psíquico” que la declaración ante el fiscal instructor».

⁴⁶ Santiago Javier Granada Pachón: «Disfunciones procesales...», *op. cit.*, p. 89, donde añade que: «De esta realidad se infiere toda una suerte de deshumanización procesal de tal naturaleza, que hasta la fase de audiencia únicamente constan las circunstancias personales de identidad del menor como únicos elementos de los que ha tomado conciencia el juzgado. Con todo, la brevedad del proceso no siempre se podrá conseguir, dadas las dificultades procesales para la localización de testigos o incluso para recabar informes periciales, y demás avatares procedimentales, por lo que sería conveniente, en todo caso, a pesar de los argumentos materiales proporcionados por la Sentencia del Tribunal constitucional antes mencionada, oír al menor con carácter previo a todo trámite procesal, dadas las mayores posibilidades de alcanzar el sobreseimiento en aras de la salvaguarda del propio interés superior del menor, para evitar precisamente el sometimiento de [*sic*] mismo a la dilación inherente a todo procedimiento judicial del que el proceso de menores tampoco escapa».

nente y sí impone la práctica de esta diligencia siempre que se solicite en plazo por el Letrado del menor (art. 26.2 LORPM), debe, en suma, descartarse la alegada inconstitucionalidad de los arts. 26.2 y 31 LORPM, por no ser contrarios al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)». Cierra el TC la fundamentación jurídica advirtiendo que «lo afirmado no obsta a que el juez proponente pueda considerar constitucionalmente reprochable la actuación del instructor en el caso concreto, en función de las circunstancias de éste y específicamente de las del menor, cuyo enjuiciamiento sólo a él compete, pues, en definitiva, es él quien puede valorar si la facultad legalmente atribuida al instructor ha sido utilizada de forma constitucionalmente correcta».

Frente a todo ello, sin embargo, no puede perderse de vista que, como recalca Revilla González, si en tiempos felizmente pasados el interrogatorio se erigía como el instrumento principal en la búsqueda de la confesión como prueba plena de culpabilidad, actualmente la declaración del sujeto pasivo del proceso tiene una función eminentemente defensiva. Y esta consideración como herramienta defensiva debería llevar a la necesaria y preceptiva realización por el fiscal de esta diligencia en la fase de expediente, aunque no sea solicitada por ninguna de las partes⁴⁷. Por lo demás, sustentar, como hace el TC (y en su día también se mantuvo en la Circular de la FGE 1/2007) en el interés del menor y en la consecución del principio de celeridad la no obligatoriedad de tomar declaración al menor en el expediente parece —tal como se ha resaltado anteriormente— más que rebatible; y es que —como afirma aquel autor— no se trata solamente de impedir acusaciones sorpresivas, sino de llevar a cabo una actuación que es un verdadero y propio medio de defensa del menor mediante el que puede hacer valer las razones de su inocencia, hacer revelaciones o retractaciones sobre los hechos investigados, dar explicación de otras versiones que consten en el expediente, etc.⁴⁸,

⁴⁷ José Alberto Revilla González: «La víctima y el menor infractor», en VV.AA., *Proceso penal de menores*, González Pillado, E. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 109 y 110. También Manuel Díaz Martínez: *La instrucción en el proceso penal de menores*, Colex, Madrid, 2003, pp. 118 y 119, opina que «aun cuando la propia Ley reconoce la posibilidad de que finalice la instrucción de las actuaciones sin ni tan siquiera haberse tomado declaración al menor, dicha diligencia debiera ser uno de los contenidos necesarios de la instrucción, pudiendo repetirse con el mismo efecto de la obligatoriedad, cuantas veces lo solicitase el Abogado del menor». Asimismo, estima de necesaria realización la declaración del menor Manuel Miranda Estrampes: «Aspectos procesales...», *op. cit.*, p. 64, al aseverar que: «La declaración del menor ante el Ministerio Fiscal durante la fase de instrucción resulta obligatoria, siempre que la proponga el letrado y no hubiere concluido el expediente y remitido al Juez de Menores (art. 26.2 LORPM). Aunque la ley guarda silencio, nada impide que la declaración del menor se realice a requerimiento del propio Ministerio Fiscal sin previa petición de su letrado. Estimamos incluso que la comparecencia del menor a presencia del Ministerio Fiscal resulta obligatoria por aplicación de lo dispuesto en el art. 789.4.º LECrim, y será este el momento procesal adecuado para informarle, si no se ha hecho con anterioridad, de los derechos enumerados en el art. 22.1 LORPM». La alusión que hace el autor al art. 789.4.º LECrim. ha de entenderse realizada, actualmente, al art. 775 LECrim.

⁴⁸ Al respecto, estima Pablo Contreras Cerezo: «La ausencia de un trámite obligatorio de audiencia al menor...», *op. cit.*, que: «La declaración ante el fiscal instructor, como cualquier otra declaración de un imputado, permitiría dar al menor la versión sobre los hechos que se le atribuyen y, por tanto, el fiscal instructor contaría con un elemento valioso para ponderar la conveniencia de presentar escrito de alegaciones o interesar el sobreseimiento del expediente».

por lo que entiende que ha de producirse, en todo caso, esa declaración, sin que, además, pueda trasladarse la iniciativa de prestar declaración a la propia parte⁴⁹.

Esta perspectiva, la declaración del menor como medio de defensa, no se examina en profundidad, ni desde luego se resuelve oportunamente, en la STC 146/2012. Pero, además, tampoco se entiende bien cómo el MF, que tiene asignada la función de velar por los derechos de los menores (art. 6 LORPM), y por tanto ha de regirse en su actuación también por el principio del superior interés del menor, puede atender este postulado en determinados trámites sin haberle recibido previamente aquella declaración. Así, por ejemplo, resulta difícil concebir cómo el MF salvaguarda el interés superior del menor presentando un escrito de alegaciones, en el que solicite una medida de las previstas en la Ley con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen (art. 30 LORPM), sin haber tenido una entrevista previa con el menor, de modo que aquel escrito, y las peticiones que en él se contengan, se ajusten realmente al interés superior de ese concreto menor en ese específico proceso, y ello aunque se cuente con el obligado informe del equipo técnico (art. 27 LORPM), puesto que el encuentro directo con el menor no puede sustituirse con dicho informe.

Y es que, desde este otro punto de vista —como destaca Contreras Cerezo— la obligación de oír al menor favorecería también la labor del fiscal instructor, puesto que recibiría directamente una explicación sobre su conducta por parte del propio menor, lo que representa una información que le colocaría en una situación más favorable para ejercer su función institucional de defensa de los intereses que subyacen en el proceso de menores, esto es, cuidar por el superior interés del menor a la hora de proponer el sobreseimiento del expediente, presentar escrito de alegaciones o solicitar alguna de las medidas previstas en la Ley del art. 7 LORPM⁵⁰.

En suma, la declaración del menor ante el instructor, en caso de ser preceptiva, se constituiría en un elemento reforzador del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías del menor, ya que le permitiría exponer su posición frente a los hechos punibles que se le atribuyen desde el mismo momento de la instrucción del expediente⁵¹.

IV. La cuestionable atribución de la competencia para el conocimiento de cualquier hecho delictivo a un órgano jurisdiccional unipersonal

El art. 2.1 LORPM establece la competencia de los Jueces de Menores «para conocer de los hechos cometidos por las personas mencionadas en el artículo 1 de esta Ley»,

⁴⁹ José Alberto Revilla González: «La víctima y el menor infractor», *op. cit.*, pp. 110 y 111, donde añade que la «previsión del artículo 26 no se instituye como una carga impuesta en beneficio de la propia parte ligada a su cumplimiento, sino como un derecho que tiene la parte de solicitar esa declaración, que origina en el Fiscal el deber de recibirla».

⁵⁰ Pablo Contreras Cerezo: «La ausencia de un trámite obligatorio de audiencia al menor...», *op. cit.*

⁵¹ En este sentido, *vid.*, también, Pablo Contreras Cerezo: «La ausencia de un trámite obligatorio de audiencia al menor...», *op. cit.*

esto es, las «personas mayores de catorce años y menores de dieciocho», habiendo de conectar los «hechos cometidos» a los hechos tipificados como delitos en el Código Penal o las leyes penales especiales, tal como se especifica en el mentado art. 1 LORPM, atribuyendo en el apartado 4 del art. 2 al Juzgado Central de Menores el conocimiento de los delitos previstos en los arts. 571 a 580 del Código Penal.

Partiendo de esta norma legal y de la doctrina constitucional sobre el contenido esencial del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE)⁵², es indudable que el Juzgado de Menores o, en su caso, el Juzgado Central de Menores, constituyen el juez ordinario predeterminado por la ley para el conocimiento de los hechos tipificados como delitos en el Código Penal o en las leyes penales especiales cometidos por personas mayores de catorce y menores de dieciocho años, de modo que, desde el enfoque de dicho derecho fundamental, ninguna tacha —constitucional— puede oponerse.

Ahora bien, la visión muta cuando se centra en las garantías que rodean al enjuiciamiento; y ello a pesar de la especialización que se promueve respecto de los citados órganos jurisdiccionales unipersonales^{53 54} (disposición final cuarta LORPM⁵⁵ y

⁵² Entre las más recientes que desarrollan la doctrina constitucional sobre el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, *vid.* la STC 34/2021, de 17 de febrero, FJ 3: «hemos reiterado que su contenido exige, en primer término, que el órgano judicial al que se atribuye un asunto litigioso haya sido creado previamente por la norma jurídica, que esta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. La generalidad y la abstracción de los criterios legales de atribución competencial garantiza la inexistencia de jueces *ad hoc*; la anterioridad de tales criterios al caso a enjuiciar garantiza que una vez determinado en concreto el juez de un caso en virtud de la aplicación de las reglas competenciales establecidas en las leyes, no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos (SSTC 101/1984, de 8 de noviembre, FJ 4, y 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8).

En segundo lugar, en relación con sus integrantes, el derecho alegado garantiza también que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y, además, que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente (SSTC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, y 93/1988, de 24 de mayo, FJ 4). La garantía no sería eficaz si bastase con determinar legalmente el órgano judicial, pero pudieran designarse o alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse.

A través de ambas exigencias, que son fuente objetiva de legitimación de la función judicial, se trata de garantizar la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales, lo que constituye el interés directo protegido por el derecho al juez ordinario legalmente predeterminado, proclamado también expresamente, aunque con distinta dicción, en el art. 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el art. 6.1 CEDH.

⁵³ El art. 40.2 de la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece que: «Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes». Sobre este asunto, se señala en el considerando (63) de la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, que: «Los Estados miembros deben adoptar medidas adecuadas para garantizar que los jueces y

art. 329.3 LOPJ⁵⁶), porque cabe plantearse si ese conocimiento integral que se atribuye al Juzgado de Menores (o al Juzgado Central de Menores), esto es, para todos los supuestos con independencia de su alcance cuantitativo, acaso no redunde en un menoscabo del enjuiciamiento del menor al no preverse, al modo en que se hace en el proceso penal de adultos, la competencia de un órgano colegiado para el conocimiento de las conductas delictivas de mayor gravedad⁵⁷.

fiscales que intervengan en procesos penales en que estén involucrados menores dispongan de aptitudes específicas en esa materia o tengan acceso efectivo a una formación específica, en particular en materia de derechos de los menores, técnicas adecuadas de interrogatorio, psicología infantil y comunicación mediante un lenguaje adaptado a los menores. Los Estados miembros también deben adoptar medidas adecuadas para promover que reciban ese tipo de formación los letrados que intervengan en procesos penales en que estén involucrados menores». Considerando que tienen su reflejo en el art. 20 del cuerpo normativo de la mentada Directiva; concretamente, y por lo que se refiere a los órganos jurisdiccionales —como también a los fiscales—, se establece en el apartado 2 que: «Sin perjuicio de la independencia judicial y las diferencias en la organización del poder judicial en los Estados miembros, y con el debido respeto por la función de los responsables de la formación de jueces y fiscales, los Estados miembros tomarán medidas adecuadas para garantizar que los jueces y fiscales que se ocupen de procesos penales relacionados con menores dispongan de aptitudes específicas en la materia, o tengan acceso efectivo a una formación específica, o ambos». Acerca de esta necesaria especialización, señalaba Cristina Sala Donado: *Proceso penal de menores...*, *op. cit.*, p. 72, que «es un aspecto esencial por cuanto permite, en considerable medida, que en la ponderación del interés concreto de cada menor, se tengan en cuenta todos los elementos —jurídicos y extrajurídicos— necesarios para responder a las exigencias del concepto»; *vid.*, también, pp. 73 y ss., donde la autora desarrolla esta temática.

⁵⁴ Respecto de las Audiencias Provinciales —que hasta el momento conocen de la apelación, art. 41 LORPM— no existe tal previsión orgánica, si bien el Consejo General del Poder Judicial, mediante distintos Acuerdos, ha ido procurando tal especialización (así, por ejemplo, Acuerdo de 19 de noviembre de 2003, de atribuir en virtud de lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con carácter exclusivo, a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba el conocimiento de los recursos interpuestos contra las resoluciones del Juzgado de Menores de dicha provincia, a los que hace referencia la LORPM; o, en sentido similar, el Acuerdo de 17 de diciembre de 2003, en relación con la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz). Tampoco para la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que conoce del recurso de casación, se prevé la necesidad de especialización lo que, unido a la imprevisión del legislador en relación con las Audiencias Provinciales, como nota Cristina Sala Donado: *Proceso penal de menores...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss., se compadece mal con las exigencias del interés del menor a lo largo de todo el proceso.

⁵⁵ Esta disposición se refiere justamente a la «Especialización de Jueces, Fiscales y abogados».

⁵⁶ Si bien tal determinación no se concreta de forma nítida para el Juzgado Central de Menores en el art. 329.5 LOPJ, al exigir únicamente que los concursos para la provisión de sus plazas se resuelvan a favor de quienes hayan prestado servicios en el orden jurisdiccional penal durante 8 años dentro de los 12 años inmediatamente anteriores a la fecha de la convocatoria (y, en defecto de este criterio, en favor de quien ostente mejor puesto en el escalafón), pero no se requiere específicamente, como sí lo hace el apartado 3 del art. 329 para los Juzgados de Menores, la especialización en materia de menores en la Escuela Judicial o el haber prestado al menos 3 años de servicio, dentro de los 5 anteriores a la fecha de la convocatoria, en la jurisdicción de menores.

⁵⁷ En relación con ello, bien es cierto que tampoco parece fácil que pueda aducirse la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), pues el TC ha dejado claro —entre otras, y en el particular ámbito del proceso penal de menores, S. 64/2011, de 16 de mayo, FJ 3— que «el derecho a la igualdad ante la ley prohíbe configurar los supuestos de hecho de la norma de tal modo que se dé un trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, este principio constitucional impide que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias

Para apuntalar la necesidad de otorgar la función de enjuiciamiento de dichas conductas a un órgano colegiado, puede acudir a la STC 55/1990, de 28 de marzo, FJ 6, que señalaba (al desestimar la cuestión de inconstitucionalidad del art. 8.1, segundo, de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el extremo referido a la regla especial de atribución a la Audiencia Provincial de la competencia para el conocimiento y fallo —no así para la instrucción— de los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad —relevando así la otorgada al Juez de lo Penal—⁵⁸) que efectivamente ello no representa ninguna infracción constitucional, «dado el *incremento de garantías*⁵⁹ que supone la asunción del caso por un Tribunal de orden superior», que, «al tener como función la corrección de la aplicación e interpretación del Derecho cumplida por los inferiores, goza institucionalmente de una superior experiencia e idoneidad técnico-jurídica», no pudiendo considerarse tal asignación de competencia como un privilegio a favor de una de las partes, sino «una garantía de una decisión judicial más ajustada a Derecho. El cambio de órgano judicial puede ser considerado así como una *mayor garantía de acierto*⁶⁰, y como tal es un reforzamiento de garantías de carácter bilateral, pues puede y debe beneficiar tanto al imputado como al acusador»; resaltándose más adelante también que «además la competencia se atribuye a un órgano colegiado», lo que ha supuesto «un mayor nivel de garantías para los afectados tanto activos como pasivos».

De lo expuesto se infiere sin dificultad, pues, que la asunción del enjuiciamiento por un órgano colegiado que, a la vista de nuestra actual organización judicial, habría de ser la Audiencia Provincial (con Sección especializada en menores⁶¹, conforme a las

que no estén justificadas de manera fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados (por todas, STC 36/2011, de 28 de marzo, FJ 2)».

⁵⁸ Esta Sentencia resuelve las cuatro cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, planteadas dos por el Juez de Instrucción núm. 12 de Madrid, el Juez de Instrucción de Alcalá la Real (Jaén) y el Juez de Instrucción núm. 9 de Madrid, sobre, una de ellas, el párrafo segundo del art. 8.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y las tres restantes sobre el párrafo tercero del mismo, por posible oposición a los arts. 14 y 24.1 y 2 CE. El TC estima parcialmente la primera y, en consecuencia, declara inconstitucional y, por tanto, nulo el art. 8.1, segundo, de la citada Ley, en cuanto que atribuye la competencia para seguir la instrucción y ordenar, en su caso, el procesamiento de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones a la Audiencia correspondiente; desestima en lo demás esa cuestión y desestima en su totalidad el resto de las cuestiones de inconstitucionalidad. En apretada síntesis, el TC considera constitucional la regla especial de atribución de la competencia para el enjuiciamiento —no así para la fase de instrucción— a la Audiencia Provincial de todos delitos —las entonces denominadas faltas siguen atribuidas a los jueces de instrucción— cometidos en el ejercicio de sus funciones por los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad —excluyendo así la competencia, en los supuestos que le hubiera correspondido a tenor de las reglas ordinarias de atribución de la competencia, del Juez de lo Penal—.

⁵⁹ La cursiva es mía.

⁶⁰ La cursiva es mía.

⁶¹ Cumpliendo así con la obligación de tomar las medidas adecuadas para garantizar que los jueces encargados de los procesos penales de menores dispongan de «aptitudes específicas en la materia, o tengan acceso efectivo a una formación especializada, o ambos» establecida en el ya mencionado art. 20 de la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

normas más arriba referidas), y por tanto también superior, conllevaría —en palabras del TC— un incremento de garantías y una mayor garantía de acierto. No es otro el sentido que se le encuentra, por lo demás, a la distinta distribución de la competencia objetiva en función de la cuantía de la pena en el proceso penal de adultos.

En este sentido, son de interés las palabras del Dr. Aníbal Bellagio, en su carácter de Juez integrante del Tribunal en lo Criminal núm. 2 de San Martín (Buenos Aires, Argentina), en resolución dictada el 25 de agosto de 2009⁶²: «La razón de existencia de los Órganos colegiados, su regulación legal y previsiones constitucionales, encuentran fundamento en el aseguramiento de estándares de calidad, respecto de decisiones con muy graves consecuencias para el justiciable, que requieren discusión y deliberación». Pues bien, abstrayéndonos del inciso «previsiones constitucionales», porque, como ya se dijo, nuestra Constitución no contiene ninguna indicación al respecto, es innegable que las decisiones judiciales que se adoptan colegiadamente, al requerir un ejercicio conjunto de las facultades intelectuales y volitivas de todos los integrantes del órgano jurisdiccional, y ser por tanto resultado de un estudio, deliberación y votación de varios magistrados, presentan —al menos en línea de principio— un menor grado de riesgo de error o, en sentido contrario, nuevamente en palabras del TC, una mayor garantía de acierto.

Por lo demás, la privación de esa primera ponderación reforzada que representa el conocimiento y fallo por un órgano plural considero que no resulta paliada por la eventual revisión de la resolución en vía de recurso, ahora ya sí, por un tribunal colegiado, tal como prevé el art. 41 LORPM, tanto para el recurso de apelación y el art. 42 LORPM para el recurso de casación, en los supuestos en que éste sea viable, y que por tanto tiene en el proceso penal de menores un acceso restringido.

En suma, pese a que no puede decirse que el sistema actual de enjuiciamiento por un órgano jurisdiccional unipersonal en primera instancia, y en todos los casos, sea inconstitucional, sí cabría afirmar, si se permite la expresión, que el régimen propuesto es *más* constitucional, pues colma de mejor manera el derecho a un proceso con todas las garantías.

V. Apunte final. La criticable limitación del recurso de casación (necesidad de una jurisprudencia uniforme a la espera de una reforma legislativa: el juicio en ausencia y el sobreseimiento por razones de oportunidad)

El art. 42.1 LORPM establece que: «Son recurribles en casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Nacional y por las Audiencias Provinciales cuando se hubiere impuesto una de las medidas a las que se refiere el artículo 10». Se añade en el apartado 2 de aquel precepto que: «El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias

⁶² Disponible en <https://derechopenalonline.com/juzgamiento-unipersonal-de-delitos-criminales-reforma-de-la-ley-13-943-al-c-p-p-b-a-inconstitucionalidad> (última consulta, 21 de octubre de 2024).

dictadas en apelación que fueran contradictorias entre sí, o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos».

La casación, por tanto, queda restringida desde varias perspectivas: en primer lugar, son recurribles las sentencias dictadas en apelación por los órganos mencionados, pero siempre que se hubiera impuesto alguna de las medidas contempladas en el art. 10 LORPM; en segundo lugar, el recurso de casación tiene por objeto la unificación de doctrina con motivo de que dichas sentencias fueran contradictorias entre sí o con sentencias del Tribunal Supremo, pero únicamente en lo relativo a los hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales⁶³, hayan dado lugar a pronunciamientos diferentes⁶⁴.

Escapan a este reducido contorno de la configuración del recurso de casación⁶⁵ en el proceso penal de menores, por consiguiente, relevantes cuestiones en las que, si no

⁶³ Hace notar certeramente, Cristina Sala Donado: *Proceso penal de menores...*, op. cit., p. 91 (citando a Manuel Jesús Dolz Lago.: *La nueva responsabilidad penal del menor*, Ediciones Revista General del Derecho, Madrid, 2000, pp. 228 y 229) que supone una rareza «que en dos menores puedan concurrir “circunstancias sustancialmente iguales”», debiéndose tener en cuenta, además, que han de coincidir también los hechos en que se funde la condena.

⁶⁴ En el ATS 18/2021, de 5 de enero, se recuerda la doctrina contenida en la STS 115/2003, de 3 de febrero, según la cual: «El recurso de casación para unificación de doctrina, establecido e insuficientemente regulado por el art. 42 LRPm, es un remedio extraordinario cuya finalidad es reforzar, a través de la jurisprudencia de esta Sala, la garantía de la unidad de doctrina —y consiguientemente del principio de seguridad jurídica y del derecho a la igualdad de todos ante la ley— en el ámbito del Derecho sancionador de menores. Debe entenderse que la naturaleza extraordinaria de este recurso no solo se manifiesta en su carácter tasado —solo puede ser interpuesto para resolver, en determinados supuestos de especial gravedad, las contradicciones doctrinales a que se refiere el apartado 2 del art. 42 LRPm— sino en su carencia de efecto suspensivo. El derecho a una segunda instancia reconocido a todo sentenciado en causa penal por el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos está satisfactoriamente garantizado, en el Derecho sancionador de menores, por el recurso de apelación establecido en el art. 41 LRPm, que es de pleno conocimiento, de lo que es legítimo deducir que, aun quedando limitadamente abierta la posibilidad de impugnar en algunos casos las sentencias resolutorias de la apelación, las mismas deben tener la condición de ejecutorias tan pronto sean dictadas». Se agrega que: «Como se dice en la exposición de motivos de la LRPm y ya hemos recordado en el fundamento jurídico anterior, la finalidad del nuevo recurso es reforzar la garantía de la unidad de doctrina “en el ámbito del derecho sancionador de menores”, quedando explicitado el sentido de esta frase en el art. 42.2 LRPm en que se dispone que las contradicciones doctrinales que pueden dar lugar al recurso tienen que estar referidas a “hechos y valoraciones del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos”. Significa esto —decíamos en nuestra reciente Sentencia 1836/2002— que lo perseguido a través de este remedio “es alcanzar, en el tratamiento de la responsabilidad penal del menor y en su orientación educativa, siempre inspirada por el superior principio del interés del menor, el grado de coherencia y previsibilidad, dentro de la propia jurisdicción, que exigen los principios de igualdad y seguridad jurídica”. En principio, hay que considerar ajenas a esta problemática las diferencias que creen advertir las partes recurrentes entre los criterios seguidos en la Sentencia recurrida y los seguidos en la de contraste sobre extremos tales como la inferencia del “animus necandi” en los autores del hecho y el concepto de la coautoría. En términos generales, debe entenderse que las decisiones adoptadas en la jurisdicción de menores sobre materias como éstas u otras que tampoco tengan relación con las circunstancias del menor y la orientación que debe inspirar su tratamiento, encuentran su último control de legalidad en el recurso de apelación [...]».

⁶⁵ Sobre los caracteres y las limitaciones al recurso y motivos de casación puede verse Diego Alberto Gutiérrez Azanza: «El recurso de casación contra la sentencia en el proceso penal de menores», *La Ley Penal*

hay intervención del legislador —sería lo recomendable— que clarifique la norma legal, debiera existir al menos una interpretación uniforme en aras de salvaguardar los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley⁶⁶. Se hará referencia aquí a dos de esas cuestiones relevantes⁶⁷: la permisibilidad o no del juicio en ausencia y la posibilidad o no de oposición por parte de la acusación particular al sobreseimiento acordado a instancia del fiscal basado en razones de oportunidad.

En cuanto a la primera materia, el TC tuvo ocasión de referirse a ella en un supuesto en que se celebró el acto de la audiencia a pesar de la ausencia de los menores y la petición de suspensión del abogado defensor. Interpuesto recurso de amparo se alegó, entre otras cuestiones, que se había padecido indefensión por la lesión del derecho de defensa y a ser oído. El TC inadmitió el recurso de amparo por Auto 148/1999, de 14 de junio, al determinar que «se ha garantizado suficientemente el derecho del acusado a defenderse en un juicio contradictorio mediante la oportuna citación previa, así como en cualquier caso la posibilidad de instar un procedimiento rescisorio frente a la condena penal o, en este supuesto, frente a la imposición de una medida»⁶⁸.

Considerando este antecedente, la Circular de la FGE 1/2007 llegó a la conclusión de que, «precisamente en orden a proteger el superior interés del menor debe ser admisible la celebración del juicio en ausencia para evitar dilaciones indebidas y retrasos en el inicio del tratamiento educativo y socializador del infractor, para prescindir en

núm. 148, enero-febrero 2021, pp. 5 y ss., que concluye afirmando que «queda claro que el recurso de casación para unificación de la doctrina previsto en la LORPM tiene unas enormes limitaciones a su interposición. Los motivos son mucho más restringidos que en el recurso de casación previsto en la LECrim y las posibilidades de impugnación se limitan a sentencias condenatorias, en que únicamente cabe discutir la interpretación de las normas de valoración para los hechos y circunstancias del menor. [...] se trata de una función nomofiláctica atenuada de la casación penal en materia de menores. El motivo de recurso no deja de ser una infracción de ley, por incorrecta aplicación de normas sustantivas, aunque muy restringida».

⁶⁶ Así, por ejemplo, se dice en la Memoria de la FGE de 2017 (p. 603), que «sigue objetándose por las Fiscalías las disparidades de criterios jurisprudenciales y la inseguridad jurídica en ciertos temas ya recurrentes (así en materia de inicio de la prescripción o de oposición de las acusaciones particulares al archivo conforme a los artículos 19 o 27.4 LORPM)».

⁶⁷ Aunque evidentemente quedan fuera de esta configuración legal del recurso de casación otras trascendentes materias; anota Diego Alberto Gutiérrez Azanza: «El recurso de casación...», *op. cit.*, p. 8, que la considerable limitación de motivos, como también la imposibilidad de recurrir resoluciones absolutorias, «impiden la correcta unificación de criterios jurisprudenciales sobre importantes normas sustantivas de la LORPM. Apenas se detecta media docena de sentencias dictadas en casación por la Sala Segunda en una ley que lleva veinte años en vigor. Por el momento, han quedado fuera pronunciamientos tan relevantes como los relativos a la prescripción de las infracciones, los abonos del cumplimiento de las medidas cautelares, conceptos tales como “banda, organización o asociación” desde la perspectiva de los menores de edad, etc.».

⁶⁸ Razona el TC (FJ 7) que «los recurrentes ni siquiera discuten que los menores no hubieran sido convocados al acto de la audiencia, sino que lo aceptan expresamente. Luego, su incomparecencia se debió al desinterés o a la falta de diligencia de ellos o de sus padres como representantes. En consecuencia, no procede imputar al Juzgado lo que sin duda corresponde asumir a los propios recurrentes de amparo. Por lo demás, los intereses de los menores estuvieron defendidos debidamente en los diferentes momentos del proceso: en la instancia, el Letrado que asumía su defensa y que era el padre de uno de ellos estuvo presente y pudo formular protestas y toda clase de alegaciones; y también quedó garantizado un juicio de segunda instancia, puesto que se interpuso un recurso de apelación, que fue tramitado y resuelto, sin que ni siquiera los recurrentes le achaquen algún defecto que produjera indefensión».

algunos casos de la adopción de medidas cautelares, para neutralizar la revictimización de los ofendidos generada por continuas suspensiones, y para eludir el posible daño a la Justicia derivado de un decaimiento de las fuentes de prueba»^{69 70}. Ahora bien, advierte asimismo aquella Circular que el legislador no acometió la reforma legislativa al respecto con ocasión de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, y ello pese a que el Informe del Consejo Fiscal advirtió de su urgente necesidad, habida cuenta de la división de criterios generada por una disposición legal poco clara y a la inexistencia de una jurisprudencia uniforme.

Da noticia también de esta dispar jurisprudencia De La Rosa Cortina, que describe cómo en el ámbito de la jurisprudencia menor se han dictado resoluciones contradictorias; así, en sentido favorable al juicio en ausencia destaca la SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 2.ª, 162/2004, de 20 de febrero, la SAP Álava, Sección 2.ª, 176/2010, de 11 de mayo, y la SAP Valladolid, Sección 2.ª, 74/2009, de 13 de marzo, que considera correcta la celebración en ausencia una vez constatado el cumplimiento de las normas sobre citación y advertencia y teniendo en cuenta que se recibió declaración al menor en la fase de expediente. En sentido contrario, la SAP Madrid, Sección 4.ª, 93/2004, de 10 de mayo, sin faltar tampoco posturas intermedias^{71 72}.

⁶⁹ Argumenta la Circular de la FGE 1/2007 que: «Los fundamentos de la admisibilidad del enjuiciamiento *in absentia* se encuentran en primer lugar en que la LORPM ni la prohíbe ni la regula, por lo que serían aplicables supletoriamente las disposiciones contenidas al respecto en la LECrim, que por lo demás no contrarían ningún principio estructural de la jurisdicción de menores» (p. 105), realizando a continuación (pp. 106 y ss.) las indicaciones a seguir para poder instalar la celebración del juicio en ausencia, entre las que se encuentran los requisitos del art. 786.1 LECrim.

⁷⁰ El art. 16 de la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, prevé en su apartado 2 (tras disponer en el apartado 1 que los Estados miembros han de velar porque los menores tengan derecho a estar presentes en su propio juicio), que: «Los Estados miembros velarán por que los menores que no estuvieran presentes en su propio juicio, tengan derecho a un nuevo juicio o a otro tipo de recurso judicial», remitiéndose a las condiciones establecidas en la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. De ello parece desprenderse que es admisible la celebración en ausencia del menor, aunque garantizándole, en tal caso, el derecho a un recurso o a la revisión o incluso repetición del juicio.

⁷¹ José Miguel de la Rosa Cortina: «Los principios del derecho procesal penal de menores: instrumentos internacionales, doctrina de la Fiscalía General del Estado y jurisprudencia», ponencia actualizada del trabajo publicado en 2003 en la revista *Tribunales de Justicia*, pp. 25 y ss., disponible en <https://www.fiscal.es/documents/20142/276941/Ponencia+Jos%C3%A9+Miguel+de+la+Rosa+Cortina.pdf/03ba0690-dd8b-410a-2aeb-5d48ffa75339?version=1.0&t=1562241458963> (última consulta, 21 de octubre de 2024).

⁷² Más recientemente, la SAP Gipuzkoa, Sección 1.ª, 254/2014, de 17 de octubre, estimó el recurso de apelación interpuesto y declaró la nulidad de la sentencia de instancia y del juicio celebrado en ausencia —en el que se habían observado todos los requisitos que se indican en la Circular de la FGE 1/2007— mandando celebrar nuevamente audiencia en presencia de la menor, con base, fundamentalmente, en el art. 35 LORPM, en el derecho fundamental a la defensa en su vertiente de autodefensa y en el interés del menor, que de forma acorde con la finalidad educativa-sancionadora de este proceso penal le obliga «a intervenir en su propio proceso, aceptando sus reglas y sometiéndose a ellas, de manera educativa para el mismo», de tal forma «que la propia presencia del menor al acto del juicio constituye para el mismo una respuesta educativa a su responsabilidad en la comisión de los hechos» (FD 2.º). Sobre tal efecto educativo, indica aquella Circular (p. 106) que «sin desconocerse el posible efecto pedagógico derivado de la presencia del menor infrac-

Otro de los temas que ha suscitado interpretaciones diversas —y respecto de la que también se propuso por la FGE una reforma legislativa en la Memoria de 2014⁷³— es la relativa a la posibilidad de oposición de la acusación particular al sobreseimiento basado en razones de oportunidad instado por el MF.

Se plantea en aquella Memoria que han de distinguirse los supuestos en que el sobreseimiento es solicitado por el MF basándose en los motivos previstos en la LECrim. (art. 30.4 LORPM), en que no caben dudas acerca de la legitimidad de la acusación particular para sostener por sí sola la acción penal, de aquellos otros en que el fiscal pide el sobreseimiento por razones de oportunidad apoyándose en los arts. 19 y 27.4 LORPM, puesto que en estos últimos casos no puede entenderse que la acusación particular tenga idénticas facultades para mantener por sí misma la acusación, como se concluye atendiendo a una interpretación sistemática de los preceptos de referencia⁷⁴.

Detalla la Memoria que esta última es la solución por la que se inclina mayoritariamente la jurisprudencia de las audiencias provinciales⁷⁵; pero se ha advertido también en la práctica que en algunos lugares se han emitido resoluciones en sentido contrario, admitiendo, por tanto, que la acusación particular se oponga y sostenga por sí sola la acusación en los casos de los arts. 19 y 27.4 LORPM⁷⁶.

tor en el acto del enjuiciamiento, no puede olvidarse que el contenido educativo por excelencia se contiene en la medida a imponer, mucho más que en cualquier acto procesal, ontológicamente instrumental». Obsérvese, en cualquier caso, que en la argumentación basada en ese efecto educativo late un cierto desconocimiento del derecho a la presunción de inocencia, en tanto parece partirse de la base de que la presencia en el acto de la audiencia supone ya una respuesta educativa a una responsabilidad que todavía no ha sido establecida, no ya en sentencia firme, sino ni siquiera aún en la sentencia de primera instancia.

⁷³ Vid. pp. 753 y ss.

⁷⁴ Se explica en la Memoria de la FGE de 2014 (pp. 754 y ss.) que las facultades que se derivan del ejercicio del principio de oportunidad están atribuidas en exclusiva al MF (arts. 18, 19 y 27.4 LORPM) y, del mismo modo en que en el caso de desistimiento de la incoación del expediente del art. 18, concurriendo los presupuestos legales, es el fiscal quien decide, correlativamente, en los casos de los arts. 19 y 27.4, dicha facultad sigue correspondiendo únicamente al fiscal, de forma que admitir que el procedimiento pudiera sostenerse solamente a instancia de la acusación particular, «supondría cercenar y desnaturalizar el juego del principio de oportunidad, tal y como está concebido por la LORPM». A lo que hay «que añadir otras consecuencias aún menos deseables desde la perspectiva del interés del menor y de la pura coherencia procesal. Especialmente, en aquellos casos del art. 19 LORPM en que el menor podría ejecutar satisfactoriamente una reparación o actividad educativa a la que se hubiera comprometido —entre otros motivos para evitar la audiencia— viéndose luego sometido a juicio, a instancias de la acusación particular. Esta clase de hipótesis supondrían, incluso, un quebranto del principio *non bis in idem*». Por lo demás, con la reforma de la LORPM efectuada por la LO 8/2006 se modificaron algunos preceptos relativos a la acusación particular, pero en lo relativo a la materia que aquí se trata no se introdujo «intervención alguna de la acusación particular, de lo que se infiere, en todo caso, la voluntad del legislador de no alterar la configuración de ese precepto en cuanto que atribuye al Fiscal en exclusiva la facultad de decidir sobre la adopción de las soluciones extrajudiciales ahí contempladas».

⁷⁵ Entre otros, enumera la Memoria (p. 755) «los Autos n.º 17/2011, n.º 105/2010, o n.º 124/2010, de la Secc. 4.ª AP Madrid; los Autos n.º 421/2011, n.º 327/2011, 337/2011 o 1014/2012 de la Secc. 3.ª AP Barcelona; Auto n.º 142/11, Secc. 3.ª AP Córdoba; o Auto n.º 34/2011, Secc. 1.ª AP Jaén, resoluciones todas ellas que consideran que la acusación particular no tiene intervención y su oposición carece de efectos en estos casos».

⁷⁶ Se apunta en la citada Memoria (p. 755 y 756) que estas divergencias pueden encontrar su explicación en que, «si bien de la interpretación sistemática de la LORPM se infiere la solución contraria a la

Sin entrar a valorar ahora la conveniencia o no de la celebración de la audiencia en el proceso penal de menores en ausencia del menor, o la posibilidad de oposición o no de la acusación particular en los supuestos referidos, sí se quiere resaltar aquí lo perturbador que resulta, a efectos de seguridad jurídica y de igualdad, la jurisprudencia enfrentada de las diversas audiencias provinciales. Esta dispar jurisprudencia menor podría mitigarse en gran medida, obvio es, si legislador aborda las reformas legislativas oportunas. Lógicamente, resulta preferible una regulación directa por parte del legislador de determinadas normas que adolecen de lagunas que la homogenización interpretativa y aplicativa de la ley por parte de la jurisprudencia emanada con ocasión del recurso de casación si se ensanchara su ámbito de conocimiento. Esta última sería una solución indirecta y deferida; esto es, el legislador debiera regular expresamente lo que no está regulado, aunque ello no impedirá en todo caso, claro está, que pueden surgir desacuerdos hermenéuticos de los órganos jurisdiccionales, por lo que la extensión del encorsetado recurso de casación para unificación de doctrina vigente bien podría subvenir a tal eventualidad.

intervención de la acusación particular, las sucesivas reformas de la LORPM en este punto tampoco excluyen expresa y nítidamente una interpretación distinta». Por ello, se insta una revisión de los arts. 19 y 27.4 de la LORPM, de modo que se excluya expresamente la intervención de la acusación particular como único apoyo del ejercicio de la acción en estos casos, sin perjuicio del derecho de audiencia que el art. 25 f) LORPM reconoce al acusador particular en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento.

ARCHIVOS Y PROTECCIÓN DE DATOS: CONSERVACIÓN, DERECHO AL OLVIDO Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

DANIEL DE OCAÑA LACAL
Archivero del Tribunal Constitucional

A lo largo de la Historia o, mejor, de las sucesivas y diversas formas de la Historia, desde el mito, pasando por la crónica, y hasta el surgimiento de las grandes escuelas historiográficas y su actual crisis, los historiadores siempre han hecho del documento «el recurso y la fuente para conocer la memoria colectiva archivada, por ser un acopio de testimonios vividos»¹. En ocasiones, cayendo en un cierto culto a la supuesta veracidad indiscutible de la información allí contenida y, consecuentemente, mitificando la investigación objetiva². Hoy día, sin embargo, el documento ha perdido su protagonismo como fuente por variadas razones³. La documentación más reciente conservada en los archivos públicos no siempre presenta para ellos un gran interés, pues es evidente que la de carácter «político» (cuando existe) pocas veces llega a ellos o se destruye⁴. No hace falta remontarse a la quema de documentos por los ejércitos en retirada: los sis-

¹ Ángel García-Sanz Marcotegui (ed.), *Memoria histórica e identidad. En torno a Cataluña, Aragón y Navarra*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2004, pp. 12-13, citando a Juan Sisinio Pérez Garzón, «Memoria, poder e historia: la construcción de la identidad en España», conferencia dictada en 2003.

² «La imparcialidad es una característica de los documentos de archivo, no de sus creadores, quienes son naturalmente parciales en favor de sus propios intereses. Proteger la imparcialidad de los archivos es proteger su capacidad de mostrar las preferencias y condición de dichos creadores. Por eso es tan difícil que estos, sean organizaciones o individuos, garanticen la adecuada conservación de documentos actuales: ésta no puede asegurarse sin sensibilizar a los creadores sobre el valor intrínseco de los documentos; pero, al tiempo, ser conscientes de él puede inducirles a alterarlos en su beneficio, no siendo ya los documentos resultado natural de un hecho, sino medio para la mera reelaboración de éste». Luciana Duranti, «The Concept of Appraisal and Archival Theory», en *American Archivist*, 57 (Spring, 1994), pp. 328-344 (la traducción es mía).

³ «Los historiadores, salvo los alumnos de doctorado, nos ausentamos cada vez más de los archivos [...]. La Historia se hace cada vez más desde los despachos universitarios o desde el uso de los grandes bancos bibliográficos y cada vez se opera menos con el contacto directo con las fuentes». Jaime Contreras Contreras, «Métodos y fuentes: el historiador y sus documentos», en *La investigación y las fuentes documentales de los archivos: I Jornadas sobre Investigación en Archivos*, Guadalajara, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 1996, vol. I, pp. 181-196. El autor califica a la Historia que se elabora sin documentos como «historia de mucha entrepierna y poco cerebro, historia basura, sin duda».

⁴ Luis Martínez García, «Entre la utopía y la realidad: las deficiencias de un sistema de archivos perfecto», en *Signo. Revista de Historia de la Cultura Escrita*, núm. 5 (1998), Universidad de Alcalá de Henares, p. 42. Es muy ilustrativo el ejemplo de las actas del Consejo de Ministros en pleno período de la Transición que ofrece Agustín Torreblanca López «Los archivos para la transición española», en *La transición a la democracia en España. Historia y fuentes documentales: Actas de las VI Jornadas de Castilla-La Mancha sobre investigación en archivos*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Guadalajara, 2004, p. 63-87.

temas democráticos prefieren destruir la información mientras que las dictaduras, simplemente, la ocultan⁵. A veces, la documentación termina en manos privadas, como ejemplifica bien el caso de los documentos de presidentes de gobiernos centrales o autonómicos⁶. Así, *en los archivos no hay lo que debe estar, sino que está lo que hay*⁷. Pese a mejoras indiscutibles en equipamiento, personal y servicios, a veces el producto obtenido no compensa el esfuerzo derivado del mal estado de los fondos, los horarios limitados o dificultades para acceder a la documentación, recurriéndose a menudo exclusivamente a fuentes menos objetivas pero más inmediatas, como la prensa o la bibliografía.

¿Qué son realmente los archivos?

Podría parecer *a priori* que esta cuestión es tan trivial como su respuesta, una de esas verdades o certezas que, por notoriamente sabidas, es necedad o simpleza el decir-las. Pero no resulta difícil comprobar el general desconocimiento por parte de los poderes públicos y de la sociedad acerca de qué son realmente los archivos y cuál es su finalidad.

El término *archivo* tiene varias acepciones: es un conjunto de documentos reunidos, generados o conservados en el ejercicio de una serie de actividades⁸, lo que comprende tanto el archivo de una simple oficina como los grandes archivos nacionales. También

⁵ Un ejemplo: «El equipo de Aznar borró los archivos informáticos de Presidencia antes de irse», en el diario *El País*, edición de 13 de diciembre de 2004.

⁶ Es el caso, por ejemplo, de la documentación del ex presidente del gobierno Felipe González, gestionada por la fundación que lleva su nombre y difundida en su página web. Sin entrar en las bondades de los fines allí aducidos, parece una audacia decir, como allí se dice, que «en España, la documentación que afecta a la Presidencia del Gobierno, al carecer de carácter administrativo, ha quedado al margen de las normas y las prácticas que rigen la conservación de la Administración General del Estado. Por ello, buena parte de la documentación generada por los distintos presidentes del gobierno de la democracia en España, al no ser archivos públicos, permanecen en su ámbito privado». La Ley 16/1985, del Patrimonio Documental Español —impulsada por el Gobierno presidido por Felipe González—, dice en su artículo 54.1: «quienes por la función que desempeñen tengan a su cargo documentos a los que se refiere el artículo 49.2 de la presente Ley están obligados, al cesar en sus funciones, a entregarlos al que les sustituya en las mismas o remitirlos al Archivo que corresponda». En EE.UU. el FBI ha registrado el domicilio del expresidente Donald Trump por llevarse documentos que pertenecen al pueblo norteamericano. Aquí, casi se alardea de ello. Otro caso famoso es el de los papeles de Franco en la Fundación de su nombre, aunque resulta menos extraño al tratarse de un régimen autoritario. *Vid.* Miguel Ángel Jaramillo Guerreira, «Fuentes documentales para el estudio del Franquismo», en *El Franquismo: el régimen y la oposición. Actas de las IV Jornadas de investigación en archivos*, Guadalajara, ANABAD Castilla-La Mancha, 2000, p. 305-334.

⁷ Agustín Torreblanca López, «Los archivos para la transición española», *op. cit.*, p. 63.

⁸ La Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español (LPHE), en su artículo 59.1 define archivos como «los conjuntos de documentos o la reunión de varios de ellos, reunidos por las personas jurídicas, públicas o privadas en el ejercicio de sus actividades, al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa. Asimismo, se entienden por Archivos las instituciones culturales donde se reúnen, conservan, ordenan o difunden para los fines anteriormente mencionados dichos conjuntos orgánicos».

alude a los edificios, locales o instalaciones en que se conservan dichos conjuntos⁹. Además, aunque los archivos no son memoria sí son herramienta al servicio de la memoria, no sólo de los hechos o ideas que sus documentos puedan contener: los archivos no son sino «la memoria de sí mismos y, en cierto modo, de quienes los produjeron»¹⁰, fueran personas o instituciones. Los archivos son un conjunto de relaciones, así como de documentos. Por ello un documento de archivo separado de su conjunto pierde gran parte de su valor informativo, como le sucede, sin ir más lejos, al mismo ser humano. Conjunto cuyas ausencias y cicatrices son información en sí mismas. Algo muy distinto de la mera selección artificial de documentos, ya sea por causa de su valoración descontextualizada, que los entiende como piezas de museo, ya por razones venales o políticas¹¹.

En cuanto a su finalidad, a menudo se cae en el error de interpretar el pasado en clave de presente. Los archivos surgen como resultado de la gestión y a su mismo servicio, ya fuese en monarquías, instituciones eclesiásticas o en cualquier organismo público o privado actual como consecuencia de su autoorganización. En absoluto se conciben como templos de la historia y útiles de la cultura por quienes los generan en su actividad cotidiana. Desde luego, no lo hizo Franco cuando se creó el Archivo General de la Administración en 1969 que, cuando se inauguró, lógicamente ni siquiera tenía sala de consulta¹².

Con el advenimiento del régimen liberal la noción de archivo se transforma. Deja de verse como apoyo a la gestión de los asuntos públicos en favor de una concepción *cultural*, casi museística, que lo percibe solo como fuente para la elaboración de una historiografía positivista y que en la España del casticismo estará henchida de resabios imperiales. Aunque no faltará, ya en el franquismo, la creación y uso de archivos como instrumento de control social e ideológico, cuyo mejor ejemplo fue la Sección de Servicios Documentales, antecedente del Archivo General de la Guerra Civil, nacido de la política de represión definida y ejecutada por la dictadura.

⁹ Como curiosidad, Jacques Derrida al hablar del ἀρχεῖον se refiere a sus custodios, los arcontes, magistrados superiores griegos de la Antigüedad clásica, a quienes se confía en depósito los documentos «que recuerdan la ley y llaman a cumplirla. Para estar así custodiada, la jurisdicción de este concepto de la ley precisaba a la vez de un guardián y una localización. Ya desde la perspectiva de su custodia o desde su propia concepción, los archivos no podían prescindir de soporte ni de morada» (la traducción es mía). Jacques Derrida, «Archive Fever: A Freudian Impression», en *Diacritics*, 25 (2), 1995, pp. 9-63.

¹⁰ Miguel Ángel Jaramillo Guerreira, «Archivos y memoria», en Manuel Redero San Román y María Dolores de la Calle Velasco (eds.), *Guerra Civil. Documentos y memoria*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, p. 24.

¹¹ Para muestra, el famoso asunto de la reclamación de los *papeles de Salamanca*.

¹² Por Decreto 914/1969, de 8 de mayo. Difícilmente una Administración que comenzaba a presumir de maquillaje *tecnocrático-liberal* podía impedir totalmente el acceso a los documentos si se enviaban al Archivo Histórico Nacional, así que se optó por el invento de un archivo *intermedio*, construyéndose un gran edificio lejos de Madrid y de uso exclusivo por la Administración. Otros grandes depósitos culturales tienen sus orígenes en razones derivadas de la estrecha relación entre historia y poder: decisiones de monarcas absolutos o meros intereses corporativos y funcionariales. En otros casos, fruto de razones puntuales, se trata de *archivos de archivos*. Ejemplos de ambos casos son en España el Archivo General de Indias y el Archivo Histórico Nacional respectivamente. *Vid.* Luis Martínez García, «La génesis de los archivos nacionales», en *Boletín de ANABAD*, t. 56, núm. 2, 2006, pp. 49-102.

Con la implantación del régimen democrático se atomiza la visión de los archivos, todavía en clave *cultural*, en función de intereses muy dispares: los del nacionalismo, que los ve como instrumento al servicio de la construcción de pasados en que apoyar su pretensiones; los de los políticos, para quienes son apenas un pretexto (y poco atractivo) para el diseño de políticas culturales que den lustre; y los de los historiadores, que a menudo aspiran a la creación de archivos temáticos, descontextualizando pues el documento, que consideran meras herramientas para sus investigaciones.

Es importante subrayar que los archivos no son sólo *laboratorios para la Historia*, idea fruto de la precitada concepción como instituciones culturales que custodian documentos más o menos antiguos, indisociables del concepto «patrimonio histórico», lo que ha supuesto la separación entre archivos administrativos e históricos¹³. Por el contrario, pocos aprecian su importancia en un régimen democrático como servicio público para una mejor gestión de los asuntos, para la información de los ciudadanos y para la realización del principio de transparencia, que nuestra Constitución establece y que se verifica a través del derecho de acceso a los archivos públicos, cuya regulación resulta inevitable ante la concurrencia de numerosos intereses, legítimos todos ellos, que se mueven en direcciones distintas, por no decir opuestas. La transparencia en el funcionamiento de los organismos públicos es condición inherente a cualquier Estado democrático, como metáfora de la distribución del poder, como derecho, como resultado y como instrumento al servicio de los derechos de los ciudadanos y, en definitiva, del interés general¹⁴. Por tanto, también al servicio de la cultura y de la educación. Como también lo son la protección de los intereses del Estado, que pueden verse seriamente afectados por la difusión de determinadas informaciones; y la intimidad de las personas, a proteger como elemento esencial y propio de la dignidad humana.

¹³ La perspectiva cultural de los archivos también se aprecia claramente en cómo se realizó el proceso de transferencia a las comunidades autónomas de la gestión de centros de archivo destinados a conservar y recibir documentación de titularidad estatal, que describo en Daniel de Ocaña Lacal, «La normativa autonómica en materia de archivos», en *Los archivos españoles en el siglo xx: políticas archivísticas en el estado de las Autonomías*, Luis Martínez García y Julia M.^a Rodríguez Barredo (coords.), ANABAD, Salamanca, 2009, pp. 61-113. Sobre la cuestión de las competencias específicamente en materia de cultura y patrimonio también, entre otros muchos, José María Abad Licerias, «La distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de patrimonio cultural histórico-artístico: soluciones doctrinales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 55 (1999), p. 133-184; Javier García Fernández, *Nuevos estudios sobre el Derecho del patrimonio histórico*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2020; Josu Iñaki Erkoreka Gervasio, «Reflexiones sobre el alcance y contenido de la competencia que el art. 149.1.28 de la Constitución española reserva al Estado en materia de patrimonio cultural, artístico y monumental», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 41 (1995), p. 97-141; Alfredo Pérez de Armiñán y de la Serna, *Las competencias del Estado sobre el patrimonio histórico español en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1997. Gerardo Ruiz Rico, «La disciplina constitucional del patrimonio histórico en España», en *Patrimonio Cultural y Derecho*, 4 (2000), p. 29-76. Asimismo, sobre los conceptos de interés regional e interés general en materia de Patrimonio Histórico y la consecuente articulación de competencias *vid.* Juan Manuel Alegre Ávila, *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994, II, p. 645-660.

¹⁴ Francesco Merloni (coord.), *La trasparenza amministrativa*, A. Giuffrè Editore, Milano, 2008, p. 3-27.

En plena era digital, los archivos ya no custodian sólo documentos en papel. Cada vez son más los generados en formato electrónico, que se conservan en servidores de centros de proceso de datos o incluso en la ya conocida *nube*¹⁵. Incluso los creados en papel, material ahora aborrecido con injusto desagradecimiento, se digitalizan por razones de conservación o difusión¹⁶. Los tradicionales catálogos e inventarios, antaño llave que permitía localizar la información entre miles de cajas, también se han digitalizado y son desde hace ya tiempo bases de datos. Como la misión de los archivos públicos es conservar para usar y, ya en nuestro tiempo, difundir los documentos, parece lógico que dichos recursos, cuando sea posible, se dispongan en línea y puedan localizarse y consultarse por los usuarios a través de Internet. Al fin y al cabo, ello es consecuencia de la obligación establecida para los poderes públicos en el artículo 44 de la Constitución:

«1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho».

«2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general».

Finalidad a la que también sirve, como no podría ser de otra manera, el patrimonio histórico en el que se integran los documentos públicos y cuya conservación y enriquecimiento ha de garantizarse por esos mismos poderes *ex* artículo 46 del texto constitucional.

El acceso a la información pública es factible a salvo de los límites que se establecen en el artículo 105.b de la Constitución y su normativa de desarrollo¹⁷. Límites que en absoluto implican eliminar esa información, pues *archivar no es lo mismo que facilitar el acceso a la información*. Ante el hecho de que el documento más secreto es el que se destruye, el legislador ha reaccionado estableciendo el principio de que los documentos no se pueden eliminar en tanto conserven interés histórico o administrativo¹⁸. Cuando dicho acceso pusiera en peligro, por ejemplo, la seguridad del Estado o la intimidad de las personas el acceso no podrá verificarse. Sin embargo, tampoco puede sostenerse que la documentación sea, en su totalidad o en parte, eternamente inaccesible.

¹⁵ Otra cuestión es si se están tomando las medidas adecuadas para que documentos y expedientes electrónicos puedan conservarse *ad futurum*. Soy escéptico al respecto.

¹⁶ «Despreciamos el papel por su volumen y por la falta de versatilidad frente a la inmediatez e interacción que nos ofrece el contexto electrónico; algo que obviamente supone un retorno económico positivo, pero que también trae consigo unos riesgos y un coste mantenido en el tiempo que no siempre estamos calibrando lo suficiente. Es una inversión rentable si la sabemos explotar en toda su capacidad, pero no es barata (tanto si se asume directamente por la organización, como si se externaliza el servicio): requiere una fuerte inversión en adquisiciones y montaje, en infraestructura pero también en *software* de gestión [...] la dependencia total del suministro de energía y unas elevadas exigencias de mantenimiento ante el desgaste y la obsolescencia de las infraestructuras y el *software*, algo que exige controles continuos, copias de seguridad y migraciones». Fátima Rodríguez Coya (2016): «La sostenibilidad de la gestión de documentos en la transformación digital de las organizaciones», en *Tábula. Revista de la Asociación de Archiveros de Castilla y León* n. 19, 267-279.

¹⁷ Principalmente en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno (en adelante LTAIBG) y en otras normas sectoriales.

¹⁸ Pese a ello, la eliminación arbitraria de documentos ha sido muy frecuente. Sólo cuando se han hallado, por ejemplo, documentos en contenedores de basura ha saltado la noticia a los medios, aunque no tanto por la destrucción en sí como por la afectación a datos personales que ello haya podido conllevar.

Protección de datos personales y archivos públicos: el denominado *derecho al olvido*

Uno de los límites más importantes para el acceso a la información pública es la *protección de datos personales*, cuya problemática se plantea con la máxima intensidad ante la posibilidad de su difusión en internet. Derivado de la limitación al uso de la informática como garantía normativa de los derechos al honor y a la intimidad que el constituyente español, en un contexto analógico, incluyó en el apartado 4 del artículo 18 del texto constitucional, el derecho a la protección de datos personales se consagró definitivamente como derecho fundamental autónomo en la STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000¹⁹, algo bien comprensible en el contexto del mundo digital. Los datos se han convertido en materia prima para las diversas aplicaciones y buscadores en Internet (algo cada vez más evidente por cuanto nuestras vidas cada vez más están más penetradas como resultado de nuestra propia actividad en la web). Pues ya no es la consideración del dato aislado lo que puede tener una repercusión directa en la vida del ciudadano, sino la elaboración, a partir de la correlación de datos muy diversos, de perfiles elaborados alrededor de la diferencia.

Así sucedería cuando esos perfiles de datos pudieran llevar a concluir, mediante procesos automatizados, que una persona pudiera *no ser rentable* a la hora de contratar un seguro. Para los algoritmos que se alimentan de datos correlacionados y que rigen el funcionamiento de aplicaciones de contratación laboral sería «más probable» considerar que un hombre encaja mejor que una mujer en ciertos puestos, porque así lo «confirman» estadísticamente los datos. No son meras hipótesis. Recuérdese el caso de la retirada de determinadas subvenciones a familias de origen marroquí en Holanda porque el sistema les consideraba *menos fiables*. Esto representa un grave problema para la igualdad ante la ley, así como para la prohibición de discriminación alguna por razón de condiciones o comportamientos. De ahí la necesidad de configurar el derecho a la protección de datos personales en un mundo hasta ahora «articulado por la racionalidad occidental, esto es, articulado a partir del principio de la causalidad cuya racionalidad, sin embargo, se ve ahora amenazada por la racionalidad inductiva, derivada del principio de correlación que permite analizar fenómenos complejos sin conocer ni analizar sus causas»²⁰.

La protección de datos personales, cuyo régimen jurídico está determinado por el Reglamento Europeo de Protección de Datos (Reglamento 2016/679/UE, de 27 de abril, en adelante RGPD) y, en nuestro país, también por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en

¹⁹ La *Ley de Protección de Datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia*. Carlos Lesmes Serrano (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 49-57.

²⁰ Juan Luis Requejo Pagés, «La protección de datos en la encrucijada entre el derecho de la unión y la constitución española», conferencia pronunciada el 24 de abril de 2019 en el marco del seminario *El derecho a la protección de datos en la sociedad digital*, Fundación Areces. Video disponible en: <https://www.fundacionareces.tv/ciencias-sociales/el-derecho-a-la-proteccion-de-datos-personales-en-la-sociedad/juan-luis-requejo-pages-la-proteccion-de-datos-en-la-encru> [consultado el 24 de agosto de 2023].

adelante LOPDGDD)²¹, comporta que cuando el tratamiento de tales datos —y, más específicamente, su conservación— ya no es necesaria para los fines para los que fueron recogidos o tratados los interesados tienen derecho a que sean suprimidos. Lo mismo sucede cuando sus titulares se opongan a su conservación o cuando el tratamiento infrinja la normativa en materia de protección de datos.

Se ha caracterizado alguna vez a las civilizaciones humanas como el resultado de una «lucha permanente entre el recuerdo y el olvido»²². En la sociedad actual, la «modernidad líquida» de que habla Zygmunt Bauman, en la que somos más libres que nunca y, a la vez, somos también más impotentes que en ningún otro momento de la Historia, «el hombre contemporáneo es libre, sobre todo, si es libre de su pasado»²³. Se plantea pues el problema de cohonestar la conservación (y, en su caso, la difusión) de la información en los archivos públicos con uno de los elementos que configuran el derecho a la protección de datos personales, el llamado «derecho a la supresión de datos», regulado en el artículo 17 RGPD²⁴ y que ha terminado por conocerse más como *derecho al olvido*, expresión que,

²¹ También integra dicho cuerpo normativo la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos; traspuesta en España por la LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

²² Peter Sloterdijk, *¿Qué sucedió en el siglo XX?*, Siruela, Madrid, 2018, p. 63.

²³ Helena Béjar Merino, «La génesis de la privacidad en el pensamiento liberal», *Sistema. Revista de ciencias sociales*, núm. 76, 1987, enero, p. 72.

²⁴ Artículo 17. Derecho de supresión («el derecho al olvido»): «1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo; b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico; c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2; d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente; e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento; f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.

2. Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.

3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario: a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información; b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable; c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3; d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el

pese a su discutible coherencia, ha terminado por imponerse. Sostenido en el hecho de que el transcurso del tiempo hace que ciertas informaciones pierdan relevancia y puedan cancelarse o suprimirse²⁵, no es, claro está, un derecho absoluto (como tampoco lo es ninguno en general), pues tiene sus límites en las diversas excepciones contenidas en ese artículo. Aquí incidiré en las encarnadas por los fines de investigación científica, histórica o estadística o por los fines de archivo en interés público, sin perjuicio de las garantías y excepciones aplicables (art. 89 RGPD) y que suponen una «salvedad a los principios de limitación de la finalidad y del plazo de conservación» (art. 5.1.e RGPD)²⁶.

El derecho al olvido se terminó de perfilar en la sentencia que resolvió el famoso asunto Google Spain²⁷ ante el Tribunal de Justicia de la UE, como resultado de un conflicto con la libertad de expresión e información que, ya en nuestro país, ha supuesto que el Tribunal Constitucional se pronuncie en un caso similar²⁸. Tales procesos se iniciaron por *personas vivas* con la pretensión de eliminar o modificar sus datos personales que, publicados en su día en determinados diarios de ámbito nacional, eran accesibles en sus ediciones digitales mediante diversos buscadores en Internet. Ambos Tribunales resolvieron desindexar la información que tales buscadores ofrecían y dejar intactos los archivos analógicos y digitales de las fuentes originarias²⁹.

artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones».

²⁵ Por el contrario, el paso del tiempo hace que decaigan límites para el acceso a informaciones que sirvan a la investigación histórica cuando éstas se refieren «a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad, en el sentido constitucional del término (su libre desarrollo es fundamento del orden político y de la paz social: art. 10.1 CE), se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos». STC 43/2004, de 23 de marzo, FJ 5. Sobre el derecho al olvido, Ana Isabel Berrocal Lanzarot, *Derecho de supresión de datos o derecho al olvido*, Zaragoza, 2017.

²⁶ «[...] los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado (“limitación del plazo de conservación”)».

²⁷ STJUE (Gran Sala) C131/12, de 13 de mayo de 2014.

²⁸ STC 58/2018, de 4 de junio. *Vid.* Ana Isabel Berrocal Lanzarot, *op. cit.*, p. 171 *et passim*. También José Eugenio Soriano García, «Presente del derecho al olvido», en *El cronista del estado social y democrático de derecho*, núm. 78, noviembre 2018, pp. 4-21. Un antecedente de interés es el de la sentencia de 5 de abril de 2012, de la Corte di Cassazione italiana, objeto de comentario por Miguel Casino Rubio, «El periódico de ayer, el derecho al olvido en internet y otras noticias», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, octubre-diciembre 2012, pp. 201 a 213. La sentencia resolvía, en un caso muy similar, que «la tutela del derecho a la propia identidad social actual del recurrente solo puede garantizarse mediante la contextualización y actualización de la noticia [de 1993]» y que ese deber de actualización tiene por objeto principal completar y, por lo tanto, «remendar la veracidad de la noticia inicial, perdida parcialmente a consecuencia de la evolución de los acontecimientos [...], mediante la integración de la misma con las sucesivas y nuevas noticias producidas con posterioridad sobre los mismos hechos entonces narrados».

²⁹ En el caso de la STC 58/2018, de 4 de junio, la resolución implicó la desindexación de los datos en la hemeroteca digital del diario *El País* disponible en la web. Sin embargo, no lo hizo respecto de otros

Mientras el RGPD se refiere al derecho de supresión («olvido») en relación con todo tipo de ésta que se solicite, la LOPDGDD sólo habla expresamente de «olvido» refiriéndose a la desindexación, esto es, a la supresión solicitada frente a búsquedas de Internet y en redes sociales³⁰. Por ello me centraré en aclarar el alcance que el derecho al olvido pueda tener en relación con los archivos públicos, considerando que el RGPD, al regularlo, se refiere al borrado real de los datos.

¿Qué significa la expresión «fines de archivo público» del artículo 89.1 RGPD?

El límite para el ejercicio del derecho al olvido que representa la realización de fines de archivo en interés público implica que los datos personales que figuren en documentos e informaciones conservadas en archivos públicos no podrán suprimirse siempre y cuando se hayan obtenido de forma lícita y sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el RGPD. Ello supone, *a priori*, desterrar una supuesta contradicción entre conservación y protección de datos³¹. Sin embargo, ¿qué significa «fines de archivo en interés público»? El alcance de la expresión se encuentra en uno de los considerandos del RGPD, el 158: «las autoridades públicas u organismos públicos o privados que posean documentos de interés público deben ser servicios que, de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, tengan la obligación legal de recibir, conservar, valorar, organizar, describir, comunicar, promover, difundir y proporcionar acceso a documentos de valor duradero para el interés público general»³². Así pues, no parece ser la naturaleza de los archivos sino *la misión* de la institución que los custodia lo que determina si esta excepción es aplicable³³. De acuerdo con la legislación de los Estados miembros, otras instituciones que conservan archivos pueden incluirse en esta definición. En España esta excepción se contempla también en el artículo 26 LOPDGDD («Tratamiento de datos con fines de archivo en interés público por parte de las Administraciones Públi-

medios que no fueron parte en el proceso y en cuyas hemerotecas digitales pueden consultarse los mismos datos sin ningún problema.

³⁰ Mónica Arenas Ramiro, «El derecho al olvido o el reescribir la historia digitalmente», en *La construcción social de la identidad colectiva en internet: el derecho a la memoria*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 173-203. Ana Isabel Berrocal Lanzarot, *op. cit.*, pp. 208-213.

³¹ Vid. Carlota Bustelo y Miguel Umlauff, «La preservación digital y la protección de datos personales. Del mito de la contradicción a la realidad de la convergencia», en *Ruiderae: Revista de Unidades de Información*, 19, 2022. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/ruiderae/article/view/3084> [consulta: 25-08-2023].

³² La traducción es mía, dado que ciertos términos técnicos archivísticos como *valoración* están más extendidos que los que figuran en la traducción oficial.

³³ Vid. Grupo de Archivos Europeos. *Guidance on data protection for archive services. EAG guidelines on the implementation of the General Data Protection Regulation in the archive sector*, October 2018. Uso la traducción realizada por el Archivo de Castilla-La Mancha y por el Servicio de Protección de Datos de dicha administración autonómica. Disponible en: https://archivos.castillalamancha.es/sites/default/files/guia_sobre_proteccion_de_datos_para_servicios_de_archivo_revision_definitiva_servicio_de_pd.pdf [consulta: 19-08-2023].

cas»), dado el margen que el RGPD deja a los Estados miembros de la UE para regular ciertas cuestiones sobre la materia.

La precitada excepción al ejercicio del derecho al olvido se vincula a que la documentación que se conserve en los sistemas públicos de archivos sea *de valor duradero* y, por tanto, sólo se aplicaría a los documentos que se hayan calificado expresamente de conservación permanente y, por tanto, no eliminables. Lo cierto es que, mientras se conserven, los documentos públicos, con independencia de su soporte, tienen la condición de inalterables y, por tanto, no se pueden modificar ni eliminarse de ellos los datos personales que contengan³⁴. Además, por virtud de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español (LPHE), «todos los documentos generados o reunidos por cualquier organización pública en el ejercicio de sus funciones integran el denominado Patrimonio Documental» (art. 49), no haciéndose distinguos entre los conservados en los grandes depósitos culturales y los que lo están en los archivos de cualquier organización pública en activo. Por ello, la referida misión ha de adscribirse en nuestro país a *todos* los archivos públicos, además de también a los privados que se integren en los sistemas públicos de archivos por razón de su interés como patrimonio histórico y cultural.

Existe, claro está, la posibilidad de eliminar los precitados documentos (originales) *de acuerdo con los procedimientos que se establezcan* (artículo 55 LPHE), pero no como resultado de la supresión de datos personales, sino desde un análisis de sus valores evidenciales que pueda determinar la posibilidad de su eliminación o su conservación permanente³⁵, ese *valor duradero* que refiere el RGPD³⁶. Cuestión que aboca a que los responsables de esas organizaciones afronten lo que se ha denominado *protección de datos desde el diseño y por defecto* (art. 25 RGPD). Este concepto, comprensivo de los principios de seudonimización³⁷ y de minimización de datos, ha de incluir también la mencionada valoración, además de otras tareas en materia de diseño de documentos y

³⁴ Un ejemplo de que tal inalterabilidad implica la imposibilidad de eliminar los datos personales lo encontramos en la STC 23/2022, de 21 de febrero, FJ, 3, último párrafo.

³⁵ La valoración archivística de series documentales en las organizaciones públicas ha sido una de las tareas más postergadas y peor ejecutadas en España porque, cuando se realizado, siempre se ha hecho sobre fondos acumulados y no en el proceso de diseño de los procedimientos de cualquier índole. Y porque cuando las administraciones competentes en materia de Patrimonio Histórico impiden a los organismos productores destruir documentos por su valor para la investigación, con frecuencia no les dan la alternativa de transferir esos fondos a archivos dependientes del ámbito de Cultura, casi siempre saturados.

³⁶ *Vid.* The National Archives of UK, *Guide to archiving personal data*, August, 2018, p. 8: «If personal data or records containing the information are being kept solely for a defined current business or legal purpose and the intention is to destroy them after that has been finished, this is not for archiving purposes in the public interest».

Disponible en: <https://cdn.nationalarchives.gov.uk/documents/information-management/guide-to-archiving-personal-data.pdf> [consultado el 24 de agosto de 2023].

³⁷ La seudonimización que, por ejemplo, realiza el CENDOJ en las sentencias que publica no se realiza sobre los originales. En el Tribunal Constitucional, por el contrario, conforme al *Acuerdo de 23 de julio de 2015, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales*, cuando se determina la anonimización («en los casos en que proceda preservar el anonimato de las personas concernidas *por la publicación* de las resoluciones del Tribunal Constitucional», art. 3) la misma se lleva a cabo en las sentencias originales.

de políticas de gestión documental³⁸ que permitan conjugar la conservación de la información, la transparencia administrativa y la protección de datos personales.

La conclusión es que el derecho al olvido (sin perjuicio de la antedicha condición de medidas de salvaguardia de los derechos y libertades del interesado) sólo podría ejercerse respecto a los datos que hubieren sido objeto de indexación y accesibles en la web y no podrá dar lugar a la alteración o eliminación de datos personales contenidos en documentos y expedientes, cualquiera fuera su soporte, conservados en tales archivos.

Distinto sería, por supuesto, que la supresión de datos se verificase no en los originales, sino en copias o reproducciones que de esos mismos documentos pudieran hacerse por razón de difusión o de acceso por parte de terceros³⁹. Sin embargo, la cancelación, contemplada ya en la LORTAD y en la LOPDP⁴⁰, se entendió como destrucción de expedientes originales en algún caso que merece la pena relatar.

Hace ya varios años un ciudadano reclamó la destrucción del expediente que en 1976 se le abrió al amparo de la Ley de Peligrosidad Social por su condición de homosexual⁴¹. Tiempo después, en 1995, en un control aeroportuario se percató de que los datos de aquel expediente figuraban aún en una base de datos policial. Solicitó su cancelación y la destrucción del expediente al correspondiente Juzgado, cuya Junta de Expurgo decidió transferir la documentación a los archivos históricos pertinentes dado que «por su evidente interés histórico» convenía su conservación «como ejemplo de algo que no se debe repetir y debe mantenerse en la memoria de todos». El afectado recurrió y el asunto llegó al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) a instancia del TSJ de Valencia. Éste último entendía que la pervivencia de tal documentación no parecía acorde con los principios y derechos reconocidos en la Constitución. El CGPJ finalmente autorizó la destrucción en el año 2000, ejecutada por el propio interesado ante los medios, apoyándose en dos argumentos del solicitante:

- La vulneración de su derecho a la intimidad y que *ni en la Constitución ni en los convenios internacionales de derechos humanos aparece el interés histórico como derecho fundamental que esté por encima del derecho a la intimidad*.
- Que el expediente debería destruirse *por la incompatibilidad con la Constitución que suponía la conservación de este*.

³⁸ Ya en 1963 se criticaba que la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 no contemplase como una fase más la de archivo (Luis Sánchez Belda, «Un *lapsus* en la Ley de Procedimiento Administrativo», en *Documentación Administrativa*, núm. 62-63 (1963), pp. 68-73. La regulación del *archivo electrónico único* en las Leyes 39/2015, de procedimiento administrativo común; y 40/2015, de régimen jurídico de las administraciones públicas, ha venido, siquiera en parte, a darle carta de naturaleza.

³⁹ Ejemplos de ligereza en sentido contrario no faltan. Así, la Orden de 6 de junio de 1994 (BOE del 14) del Ministerio de Justicia e Interior, en que se suprimía la causa de la muerte en las certificaciones expedidas por el Registro Civil tachándolas *en los asientos originales* (lo que afortunadamente se rectificó por Orden de 13 de octubre de 1994, BOE del 21).

⁴⁰ Leyes Orgánicas 5/1992, de 29 de octubre, de tratamiento automatizado de datos personales y 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, respectivamente.

⁴¹ *Vid. El País*, edición de Madrid, de 14 de enero de 2000, «El Poder Judicial impide que circule una ficha de peligrosidad de un homosexual» y *El País*, edición de Madrid, 27 de enero de 2000, «El Poder Judicial ordena destruir el expediente de un homosexual».

Se planteaba pues la problemática de conservar o suprimir datos personales especialmente protegidos, recogidos no ya de forma ilícita sino por el régimen preconstitucional, en el que la protección de derechos fundamentales carecía de virtualidad alguna.

En cuanto al primer argumento, su intimidad habría permanecido mucho más protegida si tan sólo se hubiese aplicado la legislación específica que impedía el acceso al expediente. En cuanto al segundo, *se confunde conservación con uso anticonstitucional de la información*. Los datos sobre la vida sexual de cualquier ciudadano no se hubiesen recogido nunca con la Constitución vigente. Pero en 1978 no empezó la Historia, sino que hay un pasado anterior a ese año y que conocemos o conoceremos entre otras muchas cosas, por los documentos que de él nos quedan. Evidentemente no hay justificación posible para el uso por las fuerzas de seguridad de semejante información en nuestro actual Estado Democrático de Derecho. Pero cancelar datos personales no equivale a destruir la documentación en el archivo público. ¿Para qué servirían en tal caso las normas que establecen límites y plazos temporales de restricción de acceso y que no son exclusivas de nuestro ordenamiento jurídico? Si considerásemos jurídicamente correcto destruir documentos como, verbigracia, el expediente referido, flaco favor se haría a la reparación de las víctimas. Pues los hechos, cuando son datos históricos ciertos, no pueden ni deben modificarse⁴², con independencia de si se refieren a personas vivas o muertas.

En ese último supuesto, aunque el RPDG no es de aplicación a las personas fallecidas, que no son titulares del derecho a la protección de datos personales (artículo 2.2 LOPDGD, que recoge lo dicho en el RPDG)⁴³, la posibilidad que brinda a los Estados miembros para regular mediante sus propias normas ciertos aspectos condujo a que la LOPDGD (artículo 3) dispusiera, entre otras cuestiones, que las personas vinculadas a un fallecido por razones familiares o de hecho y sus herederos tendrán la facultad (que no el derecho) de dirigirse al responsable o encargado del tratamiento para solicitar el acceso a los datos personales del fallecido, su rectificación o su supresión. Es evidente, de cualquier modo, que si el derecho de supresión no alcanza a los datos personales de personas vivas contenidos en documentos públicos menos aún lo hace respecto de los de los fallecidos. En todo caso, está por ver el alcance que supondrá este artículo respecto de dicha supresión (aun entendida, claro está, como desindexación de datos y no como su borrado en documentos públicos)⁴⁴.

⁴² Vid. STS de 19 de septiembre de 2008, sobre la inviolabilidad de los libros de bautismo, FJ 4.

⁴³ Considerandos 27, 158 y 160, aunque dicha inaplicación no se recoge posteriormente en el articulado. Vid., asimismo, Agustí Cerrillo Martínez, «El tratamiento de los datos y la gestión de la huella digital de las personas fallecidas (Comentario a los artículos 2.2.b) y 3 LOPDGD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*. 1.ª ed., Thomson-Reuters, enero 2021. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F215583553%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000015a4c6fe8faa9f38d70#sl=p&eid=ea34f9ef689f42cd221dfff1091e18c3&eat=%5Bereid%3D%22ea34f9ef689f42cd221dfff1091e18c3%22%5D&pg=RB-14.7&psl=&nvgS=false> [consulta: 3-09-2023].

⁴⁴ Vid. Agustí Cerrillo Martínez, *op. cit.*, epígrafes 3.2-3.6. La diversa jurisprudencia o las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) respecto de la aplicación del artículo 3 LOP-

Los límites al derecho de acceso a la información como garantía del derecho a la protección de datos personales

El titular del derecho a la protección de datos personales, esenciales o no, no queda, pese a lo dicho, desprotegido frente a la difusión o tratamiento indebidos de sus datos obrantes en documentos de archivo. Además de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el art. 5.1.e RGPD, el acceso por terceros a los documentos públicos está condicionado —o vedado— por la aplicación, en su caso, de los límites establecidos en la ley⁴⁵, aun cuando el decaimiento de las razones para su aplicación permita soslayar el secretismo absoluto y permanente de la información, partiendo de la afirmación del Considerando 154 del propio RGPD, según la cual «[el] acceso del público a documentos oficiales puede considerarse de interés público».

La regulación normativa del derecho de acceso a la información pública en nuestro país, desde la promulgación de la Constitución de 1978 (art. 105.b) ha sido, como mínimo, muy defectuosa. Varias normas pretendieron, con poca fortuna, configurarlo hasta llegar a la actualmente vigente *Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno* (en adelante LTAIBG)⁴⁶. Antes, la configuración del derecho fundamental a los datos personales se había realizado ignorando la normativa propia del derecho de acceso a los documentos. El resultado fue una situación en la que nadie sabía cómo cumplir con una normativa que expandía desmesuradamente el concepto de dato personal y las limitaciones para su *tratamiento*, concepto éste último igualmente extenso. En la práctica, la mera aparición de nombres y apellidos venía a impedir el acceso a los documentos.

DPGDD resuelven cuestiones competenciales o de legitimación. Así, la AEPD, en su Resolución de 21 octubre (JUR 2020\300258). O la STC 7/2019, de 17 de enero, en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley catalana 10/2017, en la que se regulan las voluntades digitales en caso de muerte, entendidas como decisiones mediante las cuales las personas pueden ordenar las acciones que consideren más adecuadas para facilitar, en caso de fallecimiento, que la desaparición física y la pérdida de personalidad que esta supone no se extiendan a los entornos digitales.

⁴⁵ La DA 2.ª LOPDGD establece que la publicidad activa y el acceso a la información pública regulados por el Título I de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno [...] se someterán, cuando la información contenga datos personales, a lo dispuesto en los artículos 5.3 y 15 de la precitada Ley 19/2013, en el RGPD y en la propia Ley Orgánica.

⁴⁶ Sobre la LTAIBG, *Vid.*, especialmente, Severiano Fernández Ramos y José María Pérez Monguió, *El derecho al acceso a la información pública en España*, Aranzadi-Thomson, Pamplona, 2020. Pese a que su DA 1.ª parece atomizar el régimen jurídico del derecho de acceso, lo cierto es que la ley se constituye «como la normativa básica transversal que regula esta materia y crea un marco jurídico que complementa al resto de las normas», quedando desplazadas sus previsiones como supletorias sólo cuando otra norma *de rango legal* haya dispuesto un régimen jurídico propio y específico de acceso a la información en un ámbito determinado (STS 748/2020, de 11 de junio, FJ 2.º). Aunque es cierto que varios ámbitos materiales quedan fuera de ella, como son el jurisdiccional, el parlamentario o el tributario. Sobre éste último, por ejemplo, Maximino Linares Gil, «El acceso a la información tributaria», en *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, serie Cizur Menor, Navarra, 2014, p. 743-763.

La ponderación

La LTAIBG pretendió solucionar el problema acogiendo en su artículo 15.1 la posibilidad, entre otros mecanismos, de realizar, en presencia de datos personales no especialmente protegidos, la ponderación entre los derechos de acceso a los documentos y de protección de datos personales. Pues, en definitiva, se trata de determinar si el acceso a la información produce un daño o no y, en caso afirmativo, si ese daño es mayor o menor que el provocado por la denegación del acceso. Sin embargo, se han planteado severas dudas respecto a la insuficiencia de rango de la LTAIBG para ello, por cuanto este artículo regula los límites del derecho fundamental a la protección de datos personales frente al derecho de acceso a la información pública, concebido como derecho público subjetivo con origen en el art. 105.b) CE y, por consiguiente, de configuración legal⁴⁷. En todo caso, los criterios que se contemplan en el artículo 15 LTAIBG para realizar la mencionada ponderación son de lo más confuso⁴⁸. Se trata de los siguientes:

a) El menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

Ese artículo de la LPHE dispone que «los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos».

El criterio es todo un desacierto por varias razones. En primer lugar, los datos a que se refiere el artículo 57 LPHE son aquellos que afecten a la intimidad de las personas, esto es, a *datos especialmente protegidos*, incommunicables sin el consentimiento del interesado, mientras que en la LTAIBG se entiende aplicable *a todos* ellos.

En segundo lugar, por la imposibilidad de entender claramente cómo aplicar los plazos. Obviando que los plazos temporales parecen tener su sentido precisamente para evitar tener que ponderar, el de veinticinco años tiene por objeto preservar la intimidad no ya de éste (que desaparece a su muerte) sino la de su familia, pues se trata de intimidad personal «y familiar»⁴⁹. En cambio, ni archiveros ni usuarios han tenido claro cómo aplicar el de cincuenta años desde la fecha de los documentos pues, salvo cons-

⁴⁷ Manuel Medina Guerrero, «El conflicto entre la transparencia y la protección de datos», en *Revista Española de la Transparencia*, Núm. 17. Número Extraordinario, 2023, pp. 51-73.

⁴⁸ Un análisis en Emilio Guichot Reina, «Las relaciones entre publicidad y privacidad en la normativa sobre transparencia y acceso a la información», en *Cuadernos de Derecho Local*, 44, junio (2017), p. 30-31. En: http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1778/03_GUICHOT_P12_P47_QDL_44.pdf?sequence=1&isAllowed=y [consulta: 12-08-2023].

⁴⁹ STC 231/1988, FJ 4. Además, recuérdese que los datos personales no especialmente protegidos son, en su caso, accesibles previa ponderación (art. 15.4 LTAIBG).

tancia expresa del fallecimiento (no siempre posible de conocer), no queda claro a quien corresponde la carga de averiguarlo. Y si el acceso se verifica a los cincuenta años desde la fecha de elaboración de los documentos sería verosímil que terceros accedieran a datos íntimos de personas vivas⁵⁰. Se ha defendido que la expresión «en otro caso» ha de entenderse referida al desconocimiento de *la fecha exacta* del fallecimiento, aunque este sea patente, lo que aseguraría que nunca se comunicasen datos especialmente protegidos de personas vivas sin su consentimiento⁵¹. Sin embargo, se trata de un supuesto muy raro, pues normalmente se conoce con precisión la fecha de un fallecimiento, por lo que tal interpretación parece más bien un intento de soslayar la ambigüedad del criterio.

b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.

En el período predemocrático el derecho de acceso no existía como tal sino como posibilidad, limitada y sometida a la discrecionalidad administrativa. Ello daba lugar a la figura del investigador clásico dedicado *conocidamente* a tareas de investigación histórica, quien accedía a los archivos merced a autorizaciones puntuales, previa acreditación de un título oficial y tras ser presentado o recomendado por alguna personalidad de relevancia⁵². Una categoría de ciudadanos diferenciada del resto, que desde 1978 deja de existir por cuanto la CE reconoce la titularidad universal de los derechos allí contenidos y, consecuentemente, garantiza el derecho de acceso *de todos* los ciudadanos frente al privilegio de unos pocos. Cualquier ciudadano puede hoy, en cualquier momento, tener un interés cultural o científico (legítimo) al acercarse a los archivos⁵³.

⁵⁰ La misma AEPD afirmaba en 2000 que se debería permitir si los documentos hubieran superado los plazos del artículo 57.1.c. LPHE. Por si fuera poco, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (creado por la LTAIBG) interpreta, conforme a criterio de la Abogacía del Estado de 30 de marzo de 2015, que los archivos son *una materia específica* con una normativa específica (estatal y autonómica) y que ésta última es la aplicable al acceso a la información que contienen. Se refiere tanto a la LPHE como al Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, pensado más en la lógica del acceso a documentos en archivos históricos por razones culturales. Informe disponible en: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/informes.html [consulta: 26-09-2023]. Vid. Emilio Guichot Reina, *op. cit.*, pp. 30-32. La pregunta es ¿dónde está la información pública objeto del derecho de acceso si no es en archivos públicos? Pues con la LTAIBG «se pretende hacer una regulación general, completa y acabada del derecho de acceso a la información pública [...]», con independencia del lugar en que se conserve (STS 306/2020, de 3 de marzo, FJ 3.º).

⁵¹ Emilio Guichot Reina, *op. cit.*, p. 32.

⁵² Orden de 1 de febrero de 1960, del Ministerio de Educación Nacional. Normas para aplicar la Ley de Tasas Parafiscales en Archivos, Bibliotecas y respecto de la Tarjeta Nacional de Investigador.

⁵³ «[...] muchas veces el interés no consiste en escribir una tesis o un libro. O el de investigar a fondo un tema, sino el de enterarse qué le pasó a tal persona, a tal otra, qué ocurrió en mi familia, por activa o por pasiva, y ese es un interés perfectamente lícito, que me parece protegido por el ordenamiento jurídico. Que quepa la posibilidad de que con ocasión de satisfacer ese legítimo interés se pueda después realizar la publicación indebida, exagerada, lesiva para otros derechos, es algo que no niego y ése es un riesgo que habrá que tener en cuenta e incluso penalizarlo si a ello hubiere lugar». Francisco Tomás y Valiente, «Discurso de clausura», en *Justicia en guerra: Actas de las Jornadas sobre la administración de justicia durante la Guerra Civil Española: instituciones y fuentes documentales*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1990, p. 631.

Pues bien, el criterio del artículo 15.a) supone «dar prevalencia en la ponderación a su uso como instrumento al servicio de la tutela de otros derechos individuales, o introduciendo diferencias de trato en función de la cualidad del solicitante y de la justificación de intereses particulares, ajenos a la lógica del derecho y del resto del articulado de la LTAIBG, que excluye expresamente la necesidad de acreditar interés alguno o de motivar las solicitudes»⁵⁴. Aun cuando algún autor defiende que, «cuando es un periodista quien ejerce el derecho de acceso y se cumplen los requisitos fijados en la doctrina del TEDH, el derecho de acceso a la información pública [...] pasa a operar [en determinados supuestos] como el derecho fundamental consagrado en el artículo 20.1.d) CE»⁵⁵.

c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquellos.

Este criterio trae causa de la excepción que contemplaba la LOPD respecto de los denominados *datos meramente identificativos*, objeto incluso de publicidad activa por las administraciones públicas, y puede servir para autorizar el acceso a informaciones que contengan únicamente tanto los nombres de personas que se integran en la organización administrativa como de las que solo se relacionan con ella; o, por el contrario, para impedirlo por razones de seguridad como, por ejemplo, cuando se trate de documentos que identifican a funcionarios policiales o de instituciones penitenciarias.

d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.

De nuevo este criterio se refiere a datos íntimos sobre los cuales la Administración no puede ejercer ponderación alguna para comunicarlos a un tercero.

* * *

Los criterios del artículo 15 LTAIBG no conforman una lista exhaustiva, pues pueden emplearse otros que se consideren oportunos para resolver la ponderación. Con todo, algún autor aboga, al considerar la necesidad de modificar la LTAIBG tras la aprobación del RGPD, de introducir como criterio el tipo de cargos y funciones públicas que desempeñen los titulares de los datos (ya no meramente identificativos), exigencia impuesta por el TJUE en caso de colisión entre la difusión de la información y el derecho a la protección de datos personales cuando de medidas contra la corrupción se trata⁵⁶.

Finalmente, aun cuando haya excepciones, en presencia de datos personales no especialmente protegidos no podrá evitarse ponderar *caso por caso* pese a los denomi-

⁵⁴ Emilio Guichot Reina, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁵ Manuel Medina Guerrero, *op. cit.*, pp. 56-61.

⁵⁶ Manuel Medina Guerrero, *op. cit.*, p. 65, citando la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 1 de agosto de 2022: «[...] a efectos de esta ponderación debe tenerse en cuenta, en particular, la circunstancia de que el interés general en que se publiquen datos personales puede variar con arreglo a la importancia de las funciones ejercidas por el declarante». *Vid.* el Criterio C001/2015, de 24 de junio, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), disponible en: https://consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/criterios.html [consulta: 9-08-2023].

nados «calendarios de acceso», esto es, relaciones de procedimientos o series documentales (esto es, series de expedientes de un mismo tipo) en que figura la accesibilidad de éstas, cuya aprobación sería expresión de una potestad reglamentaria, esencialmente discrecional e incompatible con los principios generales aplicables al derecho de acceso a la información pública y con el principio de reserva de ley. Pues la aplicación (restrictiva) de los límites al derecho de acceso sólo tiene sentido en relación con la información concreta solicitada, pero no con relación a dichas series documentales completas⁵⁷.

Seudonimización de datos

Laseudonimización de datos es otro mecanismo para cohonestar en lo posible el acceso y la protección de datos. Se define en el art. 4.5 RGD como «tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable». Eliminados por este procedimiento los datos personales (siempre, reitero, de reproducciones o copias) lo que quedaría es información desprovista de los mismos, cuyo conocimiento no afecta a los derechos de las personas a quienes correspondan.

Laseudonimización en documentos electrónicos es factible y relativamente sencilla, dado que se pueden identificar y omitir los datos personales al generar las reproducciones de documentos digitales que hayan de difundirse o consultarse por terceros. Pero cuando se trata de documentos en papel posteriormente digitalizados el proceso es más complicado, debido a la naturaleza no estructurada de los datos. Para abordarla en este tipo de documentos se han desarrollado herramientas de Inteligencia Artificial (IA) que utilizan técnicas de procesamiento del lenguaje natural y reconocimiento de patrones y pueden ser muy útiles, aunque es un proceso complejo y no infalible. En todo caso, la posibilidad de laseudonimización (o a laanonimización completa) debería recogerse en todas las normas reguladoras del acceso, lo que, actualmente, no sucede.

Los plazos temporales de acceso

Finalmente, los plazos temporales de incomunicabilidad pueden coadyuvar a la protección de los datos personales, aunque su verdadero sentido deriva de su utilidad respecto de los límites establecidos por razones de interés público en un momento dado (art. 14 LTAIBG⁵⁸), pero que se ven erosionados por el paso del tiempo en favor del

⁵⁷ Vid. Dictamen 2/2016, «Consulta general sobre acceso a información que se encuentra en los archivos municipales» de la Comissió de Garantía del Dret d'accés a la informació pública, de la Generalitat de Catalunya, http://www.gaip.cat/es/detall/normativa/Dictamen-2016_02 [consulta: 20-10-2023].

⁵⁸ Artículo 14.1: «El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: a) La seguridad nacional. b) La defensa. c) Las relaciones exteriores. d) La seguridad

ejercicio de otro derecho, el de la sociedad a la información, a la investigación y a la cultura mediante el acceso a los documentos⁵⁹. Los plazos coadyuvan a la conservación de los documentos, pues su cumplimiento sirve de antídoto frente a temores que pueden facilitar su destrucción⁶⁰. Aportan asimismo seguridad jurídica al delimitar con precisión el momento a partir del cual pueden comunicarse. No han de estigmatizarse como consecuencia de su incorrecta aplicación; es ésta la que ha de evitarse respecto de la información que han de proteger⁶¹.

Aunque, como hemos dicho, no puede predeterminarse la aplicación de los límites al derecho de acceso por razones de interés privado con relación a series documentales completas, la existencia legal de plazos de acceso sí lo permitiría respecto de las series documentales que presenten límites a su acceso por razones de interés público, aplicándose el cómputo, por ejemplo (y según los casos) desde el momento de finalización de su trámite o vigencia administrativa⁶². Sin embargo, los plazos sólo figuran en el artículo 57.1.c LPHE, cuyos problemas ya he comentado en el apartado sobre la ponderación, y no se contemplan en la LTAIBG ni en ninguna otra norma legal, lamentándose expresamente su ausencia en la legislación sobre secretos oficiales⁶³.

* * *

Vivimos en tiempo de paradojas. Tiempo de amnesias y, al mismo tiempo, de memoria, cuando se aprecian no tanto los hechos sino sus representaciones. Escribió Santos Juliá: «la Historia en cuanto conocimiento crítico del pasado ha perdido buena parte de su atractivo, que ha cedido a la memoria, entendida ahora como herramienta

pública. e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva. g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control. h) Los intereses económicos y comerciales. i) La política económica y monetaria. j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión. l) La protección del medio ambiente».

⁵⁹ En relación con la investigación histórica, el propio Tribunal Constitucional (STC 231/2004, FJ 3) ha declarado el nexo entre ella y «la posibilidad de que los contemporáneos formemos nuestra propia visión del mundo a partir de la valoración de experiencias ajenas».

⁶⁰ «A los historiadores, sobre todo y ante todo, nos debe importar que se conserven los documentos, no tanto para que se acceda a ellos —no me importa si hay que esperar para acceder a ciertos documentos—, lo que me importa es que se conserven [...] para los historiadores futuros». Feliciano Montenegro García, «La problemática de la utilización de los archivos para el estudio de la Transición», en *La transición a la democracia en España: Historia y fuentes documentales. Actas de las VI Jornadas sobre investigación en Archivos*, Guadalajara, 2004, p. 249.

⁶¹ Cf. Alberto Carrillo Linares, «Reflexiones y propuestas para una correcta interpretación de la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español: sobre el artículo 57 y el acceso a los archivos», en *Boletín de ANABAD*, Tomo 55, núm. 3, 2005, pp. 11-48; Carme Molinero, «El acceso a los archivos y la investigación histórica», en *Ayer. Revista de Historia Contemporánea*, 81, año 2011 (1), pp. 285-297.

⁶² Véase la Ley 19/2002, de 24 de octubre, de Archivos Públicos de Castilla-La Mancha, artículo 40.

⁶³ Tampoco en la aún vigente Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, modificada puntualmente por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, de adecuación del texto al ordenamiento constitucional de 1978. Sí figuraban en el último anteproyecto conocido de ley de información clasificada, noticia en 2022 y cuya tramitación parlamentaria finalmente se paralizó. Disponible en: <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/APL%20Informacio%CC%81n%20Clasificada.pdf> [consultado el 21-08-2023].

para transformar si no el pasado —puesto que el pasado es inamovible y del futuro no sabemos nada— al menos su representación»⁶⁴.

Los documentos públicos son fuentes que pueden utilizarse científicamente o no tanto, pero su mera existencia es premisa imprescindible para la elaboración de aquel conocimiento. De ahí la necesidad de garantizar la pervivencia de la información que contienen cuando se determine relevante tras su valoración conforme a los principios archivísticos. La problemática derivada de la indexación en la web de los datos de los individuos ha alumbrado, en el contexto del derecho a la protección de datos personales, el denominado *derecho al olvido* en el ordenamiento europeo y el español, así como en la jurisprudencia, pese a que algunos advirtieron de la imposibilidad de acotarlo⁶⁵. Un derecho cuya tutela y garantía, como la de los demás derechos individuales, es cuestión de interés público en un sistema democrático. Máxime cuando vivimos en tiempos de *indiferencia radical*, en los que la separación entre verdad y falsedades es cada vez más tenue por acción consciente de las grandes corporaciones digitales⁶⁶.

En cualquier caso, el derecho al olvido no puede implicar reescribir la Historia, ni la individual ni la colectiva (otra cosa es la *memoria* y no digamos la *amnesia*). Por muy *simpáticos* que resulten conceptos tales como el del *derecho a la identidad*, entendido como «el derecho a la imagen correcta que uno quiere proyectar en la sociedad»⁶⁷, los hechos, hechos son. Pese a que en alguna ocasión estos se pretendan confundir con *opiniones* o juicios al aducir que «el paso del tiempo convierte los hechos ciertos en falsos»⁶⁸. La razón cuantitativa que supone la indexación de contenidos en la web no puede obviarlos. Con independencia del justo equilibrio entre supresión de datos y difusión de la información en un momento determinado, ésta se mantendrá necesi-

⁶⁴ Santos Juliá, «Bajo el imperio de la memoria», en *Revista de Occidente* núm. 302-303, Julio/Agosto 2006. Disponible en <https://www.revistasculturales.com/revistas/97/revista-de-occidente> [consulta: 22-07-2023]. Del mismo autor, *Elogio de Historia en tiempo de memoria*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

⁶⁵ *EU Data Protection law: a «right to be forgotten»?* House of Lords, European Union Committee, 2nd Report of Session 2014-15: «It is clear to us that neither the 1995 Directive, nor the Court's interpretation of the Directive, reflects the current state of communications service provision, where global access to detailed personal information has become part of the way of life [...] It is no longer reasonable or even possible for the right to privacy to allow data subjects a right to remove links to data which are accurate and lawfully available».

⁶⁶ Quizá el régimen jurídico de la protección de datos personales debería haber diferenciado mejor entre los fines perseguidos al tratar dichos datos por parte de los sectores público y privado respectivamente. En plena era digital, el segundo de ellos coadyuva a lo que Shoshana Zuboff, en una obra imprescindible, define como *capitalismo de la era de la vigilancia*. Mediante el tratamiento de los datos éste «anexiona la experiencia humana a la dinámica del mercado para que renazca en forma de conducta, la cuarta mercancía ficticia». Shoshana Zuboff, *La era del capitalismo de la vigilancia: la lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Paidós, Barcelona, 2020, p. 680.

⁶⁷ Cfr. Norberto Nuno Gomes de Andrade, «El olvido: El derecho a ser diferente... de uno mismo. Una reconsideración del derecho a ser olvidado» en *IDP. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, núm. 13 (Febrero 2012): «El derecho al olvido subraya no solo el derecho a ser diferente de los demás, sino también el derecho a ser diferente de uno mismo, es decir, de uno mismo en el pasado».

⁶⁸ Cf. José Eugenio Soriano García, *op. cit.*, p. 19: «Y así, un hecho que ayer fue cierto, hoy puede no serlo al convertirse en un juicio de presente que resulta falso en la actualidad». En mi opinión, ello supone confundir la mirada y el objeto que se mira y, en consecuencia, culpar al objeto.

riamente intacta en las fuentes (documentos públicos originales), sin cambiar los hechos ni borrarlos. Así, podrán utilizarse conforme al régimen jurídico del derecho de acceso a la información, que las mantendrá vedadas a terceros mientras se pusieran en peligro los derechos del titular de los datos. Armonizar derecho de acceso y protección de datos permitirá una ponderación eficaz por los responsables en origen tras las correspondientes evaluaciones de impacto y análisis de riesgos; por las Autoridades de control y, en último término, por los Tribunales⁶⁹.

Si se trata de conservar esa construcción intelectual, cultural, denominada *patrimonio documental público* (documentos y datos), la evolución tecnológica exigirá un sobresfuerzo para conocer, bastante mejor que ahora, el impacto futuro que tendrán nuestras decisiones para el conocimiento científico del futuro y regular adecuadamente esa protección⁷⁰. La valoración de la información descarta el razonamiento absoluto de que *se deben* conservar todos los datos y documentos por razones de archivo público. Y también excluye la afirmación de que *se puede* conservar todo simplemente porque lo electrónico haga desaparecer la dimensión física de los archivos como problema. Tendremos que acotar qué integra dicho patrimonio y ponderarlo de forma suficientemente contrastada, sin perder de vista lo que un ilustre teórico británico de la archivística sostenía hace ya mucho: «la tarea del archivero es servir a la verdad, la simple verdad, no esa verdad que puede complacer a ciertas personas o ser de utilidad a las teorías de una u otra escuela de pensamiento»⁷¹. El resultado será la protección eficaz de los derechos fundamentales de los ciudadanos sin menoscabo, cuando así se determine, de la conservación de los archivos públicos al servicio del interés general, bienes del Patrimonio Documental que, no lo olvidemos, desde el advenimiento de la democracia nos pertenecen a todos en tanto testimonio de un pasado común más allá de las individualidades. Pues, en palabras de Peter Sloterdijk, *los contenidos y rasgos positivos de las culturas son como arrecifes que, gracias al trabajo de sedimentación de la repetición, transmisión y archivo, sobresalen del mar del olvido*⁷².

⁶⁹ Mónica Arenas Ramiro, *op. cit.*, p. 203.

⁷⁰ Luis Martínez García, «¿Necesitamos un nuevo modelo de patrimonio documental en un mundo digital?», artículo inédito. Agradezco a su autor la cortesía de facilitarme su lectura antes de su publicación.

⁷¹ Hilary Jenkinson, discurso del primer Congreso Internacional de Archivística, París, 23 de agosto de 1950, publicado en *Archivum*, I (1951), p. 47.

⁷² Peter Sloterdijk, *op. cit.*, p. 63.

GARANTÍAS DE LOS «DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PARLAMENTARIOS». EN ESPECIAL, SOBRE EL DEBER DE LOS ÓRGANOS DE LAS CÁMARAS DE VELAR POR LOS DERECHOS DE LOS DIPUTADOS. BREVE ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

MARTA SOUTO GALVÁN
Letrada del Tribunal Constitucional

I. Introducción

El Tribunal Constitucional ha elaborado una extensa doctrina sobre el art. 23.2 CE, su contenido y su relación con el art. 23.1 CE. Se ha consagrado así, pese a las reticencias de la mejor doctrina, lo que se ha dado en denominar derechos fundamentales de los parlamentarios¹. La protección de dichos derechos se encomienda a la jurisdicción constitucional conforme al artículo 42 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) que establece que «las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes».

Como consecuencia de la interposición de este recurso de amparo, el Tribunal Constitucional ha dictado, hasta la fecha, 159 sentencias y 73 autos. No es un número muy alto, si tenemos en cuenta el número de resoluciones dictadas en otros recursos de amparo. Sin embargo, la naturaleza de este proceso constitucional, determinada muy especialmente por su objeto², ha dado lugar a un sinnúmero de estudios que, en algunas ocasiones, cuestionan este proceso constitucional o la extensión del escrutinio del Tribunal en su resolución.

A este respecto ya había puesto de manifiesto Jiménez Campo³, con ocasión de unas Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, la notable exten-

¹ Dicha denominación es utilizada, entre muchas otras, en las SSTC 167/2023, de 22 de noviembre, FJ 7 b); 132/2023, de 23 de octubre, FJ 3 b) iii); o 53/2021, de 15 de marzo, FJ 5. La primera vez que se cita, que yo haya encontrado, STC 44/1995, de 13 de febrero, FJ 2.

² La reciente STC 82/2023, de 3 de julio, define este recurso de amparo atendiendo, en especial, a su objeto.

³ Javier Jiménez Campo, «Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios», *Parlamento y justicia constitucional: IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona, 1997.

sión del control constitucional sobre la actuación interna de las Cámaras, destacando que no existía ya «parcela relevante alguna del Derecho parlamentario sustraída al examen que propician, material y procesalmente, los artículos 23 CE y 42 LOTC». Agrietada, decía, «o quizá del todo expugnada, la fortaleza inmune que fue un tiempo la doctrina de los *interna corporis*, es difícil reconocer o anticipar hoy los límites de este control constitucional». Pues bien, recientemente ha vuelto a destacar la expansividad del control constitucional⁴ de los Parlamentos, Juan Carlos Duque Villanueva⁵ que subraya, en el mismo sentido, que «es difícil hoy identificar algún ámbito de decisión o actuación de los Parlamentos que no haya sido sometido a la fiscalización del Tribunal Constitucional y sobre el que este no se haya pronunciado», lo que, a su juicio, ha generado en algunos supuestos «situaciones conflictivas y cierta tensión institucional»⁶.

Esta crítica o reflexión está también presente en el seno del propio Tribunal Constitucional como expresan algunos votos particulares, en los que se ha puesto de manifiesto la posible intromisión del Tribunal Constitucional en asuntos parlamentarios⁷.

Con todo, en el fundamento o razón de este proceso constitucional parece haber más coincidencia. Más allá de la tutela de lo que la propia jurisprudencia constitucional denomina derechos fundamentales de los parlamentarios, no cabe duda de su importancia ya que, a través de esa garantía de los derechos y facultades que integran el *ius in officium* es como se garantiza, a la postre, en el funcionamiento del Parlamento, la participación de las minorías⁸.

En todo caso, a partir de las críticas al recurso de amparo *ex art.* 42 LOTC, e incluso al margen de estas, la doctrina ofrece, digámoslo así, otro posible entendimiento de la tutela de los derechos de los parlamentarios.

De una parte, dicho entendimiento replantea la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los artículos 23 CE y 42 LOTC. A este respecto, afirmó Jiménez Campo⁹ que otro modelo hermenéutico hubiera sido posible y, seguramente, preferible. Por su

⁴ A través de diferentes procesos constitucionales (recurso y cuestión de inconstitucionalidad, conflicto entre órganos constitucionales del Estado, impugnación por el Gobierno de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas e incidentes de ejecución de sentencias o resoluciones del Tribunal Constitucional) no solamente a través del recurso de amparo parlamentario, pero sobre todo mediante este.

⁵ Juan Carlos Duque Villanueva, «El control del Parlamento por el Tribunal Constitucional en España», en *Parlamento y tribunales constitucionales*, en prensa.

⁶ Ejemplos de dicha tensión serían, entre otras, según el citado autor, la suspensión de la celebración de una sesión parlamentaria (ATC 134/2017); o la suspensión de la tramitación de enmiendas durante el procedimiento legislativo (ATC 177/2022).

⁷ En este sentido se pronuncia el magistrado don Andrés Ollero Tassara, en el voto particular que formula a la STC 19/2015, de 16 de febrero, cuando dice que «el Tribunal viene recientemente abordando de modo muy incisivo, interpretando reglamentos parlamentarios, recursos suscitados por discrepancias de parlamentarios respecto a resoluciones de los órganos rectores de las Cámaras».

⁸ A este respecto, Paloma Requejo Rodríguez (*Democracia parlamentaria y principio minoritario: la protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 152) hace referencia a la garantía que representa este recurso de amparo para que las minorías desarrollen en el parlamento las funciones que el ordenamiento les reserva.

⁹ *Op. cit.*, pp. 258 y ss.

parte, Caamaño¹⁰ cuestiona la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el recurso de amparo parlamentario en la consideración de que el Tribunal Constitucional debería revisar su doctrina y delimitar el contenido constitucionalmente protegido del art. 23.2 CE «cambiando su “test” de la “motivación” por el de la existencia o no de discriminación», así como el «radio de acción de su jurisdicción ante asuntos internos de la Cámara».

De otra parte, y este es el objeto de este breve análisis, se sugiere la necesidad de reforzar los mecanismos de garantía al margen del recurso de amparo parlamentario. Garantías que han de ejercerse en y por el Parlamento. Y en este sentido se afirma (María Asunción García Martínez)¹¹, que la existencia de fórmulas de garantía de la efectividad de los derechos que integran el derecho al ejercicio del cargo de los parlamentarios es indispensable, y la más elemental lógica exige que sean las Cámaras las primeras obligadas a asumir esta obligación. En tanto que sean las propias Cámaras las que establezcan garantías de los derechos de los parlamentarios podría suceder que se recabase, en menor medida, la tutela del Tribunal Constitucional mediante la interposición del recurso de amparo *ex art. 42 LOTC*¹².

El objeto de este trabajo es precisamente un somero análisis de alguna, no de todas ellas, de las garantías de los derechos de los parlamentarios que corresponden al parlamento y a sus órganos. Las Cámaras, en uso de su autonomía, pueden establecer, y así lo han hecho en muchos casos, procedimientos en los que se salvaguarden los derechos de las minorías, así como mecanismos específicos de tutela frente a decisiones de las propias Cámaras. En consecuencia, del Parlamento depende aprobar un reglamento

¹⁰ Ver Francisco Caamaño Domínguez, C 2018, *Parlamento: el taller de las verdades jurídicas. Parlamento y parlamentarismo: origen y retos: XV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*; Valencia, 2018.

¹¹ De gran interés son las aportaciones de María Asunción García Martínez («Las garantías de los derechos de los parlamentarios. El caso singular del ATC 177/2022», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 115, pp. 143-190), a este respecto, y que, en gran parte, sigo en la redacción de este breve trabajo. En varios de los comentarios al ATC 177/2022 se ha destacado la necesidad de tutela de los derechos de los parlamentarios dentro del Parlamento. Además de García Martínez, se ha pronunciado en este sentido A. García de Enterría Ramos [«Suspensión de la tramitación parlamentaria de enmiendas por el Tribunal Constitucional por falta de homogeneidad: comentario al Auto del Tribunal Constitucional 177/2022, de 19 de diciembre recurso de amparo n. 8263-2022, 430 (BOE núm. 17, 20 de enero de 2023)», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 115, pp. 411-429] quien afirma que «esta jurisprudencia, a mi juicio, podría y debería haberse evitado, mediante la adecuada protección de los derechos de los parlamentarios en su propia sede. En este sentido, debe velarse por recuperar la actuación conforme a derecho de las Mesas de las Comisiones en su función de calificación de iniciativas parlamentarias, con particular sujeción a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y porque las eventuales lesiones a la Constitución, una vez producidas, sean reparadas en el ámbito de las Cámaras, a través de los recursos internos previstos por los Reglamentos».

¹² En un sentido un poco diferente, pero, en todo caso, destacando la necesidad de que los parlamentarios se ocupasen del control de sus actos, se pronuncia Francisco Caamaño Domínguez (*op. cit.*) cuando afirma que: «todo mecanismo de control jurisdiccional de los *interna corporis acta* es un poderoso incentivo para que un parlamentario sin tradición ni cultura democrática previa se desentienda de su deber constitucional de resolver sus propios conflictos desde la responsabilidad política e institucional que la Constitución le encomienda. De hecho, no es casualidad que en los parlamentos con años de política democrática a sus espaldas no existan vías impugnatorias como la del art. 42 LOTC o fórmulas similares y que la sola idea de que puedan existir produzca cierto rechazo. Que un Tribunal Constitucional lo juzgue todo es un inconveniente para el Tribunal, pero, sobre todo, es un inconveniente para la democracia».

que establezca garantías para los derechos de los parlamentarios o, dicho de otra manera, para el mejor ejercicio de sus funciones¹³.

Del mismo modo, es una garantía de los derechos de los parlamentarios, y en este sentido llama la atención la doctrina, que los órganos de la Cámaras adopten sus decisiones de acuerdo con los procedimientos establecidos. Y, en fin, las garantías de los derechos de los diputados se podrían, en su caso, reforzar como consecuencia del deber, o de la función, de los órganos de la Cámara, específicamente de la presidencia y de la mesa de la Cámara, de velar por los derechos de los parlamentarios.

Pues bien, estas ideas se encuentran ya en la propia jurisprudencia constitucional. A ello dedicaremos las páginas que siguen.

II. Los procedimientos

Una de las principales garantías del ordenamiento parlamentario es la previsión de procedimientos en los que queden garantizados los derechos de los parlamentarios, especialmente, los derechos de la minoría. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al considerar que los procedimientos son el cauce a través del cual canalizar la expresión plural de las diversas opciones políticas, por lo que tienen un carácter instrumental del pluralismo político¹⁴, y al entender que dichos procedimientos actúan como salvaguarda del derecho de las minorías políticas a que sus voces sean escuchadas en la toma de decisiones¹⁵. Aun así, los procedimientos, entiende el Tribunal Constitucional, no son un fin en sí mismo, sino un medio para asegurar la participación tanto de la mayoría como de la oposición, es decir de las minorías parlamentarias, en la toma de decisiones y, por eso, la conexión entre respeto de los procedimientos y garantía del pluralismo político se identifica plenamente con el respeto a la posición de las minorías de oposición democrática¹⁶.

Ahora bien, dicha garantía no es suficiente si los órganos de la Cámara no respetan el procedimiento¹⁷. La jurisprudencia constitucional ha sido particularmente insistente en este aspecto al afirmar que la democracia parlamentaria no se agota, ciertamente,

¹³ Por ejemplo, las modificaciones del procedimiento legislativo para el mejor ejercicio de la función legislativa que destaca Encarna Fernández de Simón, «La elaboración de la Ley. Aportaciones al procedimiento legislativo desde el Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia de 2018», *Discurso leído el día 18 de noviembre de 2021 en el acto de recepción como Académica de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia*, 2018.

¹⁴ SSTC 99/1987, FJ 1 a); 97/2002, FJ 2; y 115/2019, FJ con remisión a las anteriores.

¹⁵ STC 115/2019, FJ 3.

¹⁶ STC 115/2019, FJ 3.

¹⁷ Esta afirmación no contradice la denominada «ductilidad» de las normas parlamentarias, ni la concepción de que la principal regla del derecho parlamentario consiste en que la decisión unánime de los parlamentarios presentes es la única regla, con independencia de lo que disponga el Reglamento de la Cámara (F. Caamaño Domínguez, *op. cit.*, 17). El respeto al procedimiento es una forma de garantía de los derechos de las minorías, y es imprescindible cuando no existe dicha unanimidad. A este respecto afirma María Asunción García Martínez (*op. cit.*, p. 160) que nunca se hará suficiente hincapié en la importancia de las normas procedimentales para la legitimación de las decisiones del Parlamento.

en formas y procedimientos, pero el respeto a unas y otros está, sin duda, entre sus presupuestos inexcusables¹⁸. También ha manifestado, recogiendo doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la democracia exige un equilibrio que asegure a los individuos minoritarios un tratamiento justo, que evite todo abuso de una posición dominante y que «el respeto a ese equilibrio pasa por el respeto de los procedimientos previstos para la adopción de determinado tipo de decisiones»¹⁹. De ello concluye que la función primordial de toda asamblea parlamentaria es representar a la ciudadanía y esta función solo se cumple cabalmente si los elegidos por el cuerpo electoral para realizarla se atienen a los procedimientos que el ordenamiento dispone y respetan las reglas y principios que conforman estos procedimientos.

III. Garantías específicas

De otra parte, los diferentes reglamentos parlamentarios contienen garantías específicas, de diverso tipo, de los denominados derechos de los parlamentarios. Entre estas formas de garantía tienen especial importancia, en el funcionamiento ordinario de las Cámaras, los recursos internos, cuya denominación determina cada reglamento. El Tribunal Constitucional ha entendido, aunque no haya desarrollado en exceso esta idea, que las vías intraparlamentarias de impugnación son procedimientos parlamentarios a través de los cuales puede repararse una lesión, antes de acudir por la vía del amparo parlamentario a recabar la tutela del Tribunal Constitucional²⁰.

Todos los medios a través de los cuales se puede impetrar, dentro del Parlamento, la reparación de los derechos que se estimen vulnerados se puede incluir bajo la genérica denominación de amparo. Así, el amparo se ha definido, en el Diccionario de términos de derecho parlamentario²¹, como «el ruego o petición que dirige un parlamentario a uno de los órganos de gobierno de la Cámara, o de una comisión [...] para reclamar la reparación de la lesión provocada en sus derechos fundamentales o por la indefensión en que puede encontrarse en su condición o en el ejercicio de su *ius in officium*». En esta acepción se han incluido tanto las peticiones ante el incumplimiento por el Gobierno, o incluso de los órganos de la Cámara, de sus funciones; también el amparo que se solicita al presidente en el curso de los debates; y, finalmente, los recursos internos que están previstos en los reglamentos de las Cámaras como vía previa antes de acudir al recurso de amparo parlamentario (art. 42 LOTC)²².

¹⁸ SSTC 19/2009, de 12 de febrero, 109/2016, de 7 de junio, y FJ 5 c); 114/2017, de 17 de octubre, FJ 6, y 27/2018, de 5 de marzo.

¹⁹ STC 115/2019, FJ 3.

²⁰ Esta configuración está presente en las SSTC 33/2010, de 19 de julio, FJ 2 y 96/2019, de 15 de julio, FJ 4.

²¹ *Diccionario de términos de Derecho Parlamentario*, coord. Raquel Marañón y Rosa Ripollés, La Ley, Madrid, 2014.

²² Estas diferentes acepciones las recoge Esteban Greciet García en la voz «Amparo», *Diccionario de términos de derecho parlamentario*, op. cit., pp. 74-75.

Siguiendo la reciente jurisprudencia constitucional, que ha diferenciado claramente la solicitud de reconsideración de la petición de amparo, vamos a analizar por separado ambas figuras²³.

1. LA SOLICITUD DE RECONSIDERACIÓN

El recurso interno que quizá tenga mayor relevancia es el que se denomina, en la mayor parte de los reglamentos parlamentarios, solicitud de reconsideración. El Tribunal Constitucional se ha referido en diferentes ocasiones a este recurso²⁴ y ha entendido, en el mismo sentido que respecto a todos los recursos internos de los parlamentos, que se trata de una vía para la rectificación de la decisión del órgano rector²⁵, una acción encaminada a evitar la comisión o perpetuación de la lesión²⁶. Con todo, y por mucho que se considere que es una vía alternativa al amparo como cauce de reparación de derechos, lo cierto es que el Tribunal Constitucional considera que no es una exigencia constitucional, ya que no puede deducirse del artículo 23 CE, y su regulación, alcance y efectos dependerá de cada Reglamento de la Cámara²⁷. Pues bien, todos los reglamentos parlamentarios en España prevén la reconsideración de determinados acuerdos de la Mesa de la Cámara, en unos u otros términos.

Desde un principio, este recurso interno ha sido objeto de análisis por diferentes autores que han destacado la necesidad de modificar diferentes aspectos de su regulación para que pudiera ser considerado como un verdadero medio impugnatorio²⁸. Entre estos aspectos podemos destacar los que siguen.

En primer lugar, la solicitud de reconsideración es una garantía que, en pureza, no protege todas las vertientes del ejercicio de los derechos que integran el *ius in officium* de los parlamentarios dado el modo en que está definido en los diferentes reglamentos parlamentarios. Se trata de un recurso que procede únicamente frente a determinados acuerdos de la mesa, que suelen ser aquellos acuerdos adoptados en uso de las funcio-

²³ STC 165/2023, de 21 de noviembre, FJ 4.

²⁴ La solicitud de reconsideración ha sido objeto de diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre todo como consecuencia del análisis del agotamiento de la vía previa al recurso de amparo parlamentario, para afirmar la necesidad de su interposición para plantear recurso de amparo, ya que su incumplimiento es causa de inadmisibilidad por falta de agotamiento de la vía previa (por todas, STC 33/2010, de 19 de julio, FJ 2). También para decir que el cumplimiento de los presupuestos procesales para promover el recurso de amparo no puede quedar al albur de decisiones de órganos ajenos a este Tribunal (STC 24/2020, de 13 de febrero, FJ 5).

²⁵ STC 173/2020, de 19 de noviembre, FJ 3.

²⁶ STC 119/2011, de 5 de julio, FJ 2.

²⁷ ATC 52/1994, FJ 2. Destaca Alberto Arce Janáriz («Artículo 42», *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, J. L. Requejo Pagés (coord.), Madrid, 2001, p. 673), que, aunque no responda a una exigencia constitucional, esto no impide que, creada reglamentariamente la solicitud de reconsideración, su obstaculización ilegítima afecte al derecho del artículo 23.2 de la Constitución.

²⁸ A modo de ejemplo, Alberto Arce Janáriz («El trámite de admisión de los procedimientos parlamentarios en la jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 46, p. 235), destaca que plazos breves para formular y resolver la solicitud de reconsideración y efectos suspensivos de su interposición pueden conferir a la solicitud de reconsideración una mayor dimensión impugnatoria.

nes de la mesa de la Cámara de calificación y admisión a trámite, así como los relativos a la decisión sobre la tramitación de los escritos y documentos de índole parlamentaria²⁹. Ahora bien, la solicitud o petición de reconsideración no está prevista respecto a decisiones de otros órganos, como el presidente, o la junta de portavoces, o de las propias mesas de las cámaras cuando ejercen otras funciones. Estas decisiones pueden afectar al ejercicio de funciones que integran el *ius in officium* y al no estar prevista solicitud de reconsideración no es posible la reparación en la propia cámara³⁰. Esta circunstancia concurre en algunas de las últimas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo parlamentarios, que habían sido planteados contra decisiones de los órganos de la Cámara contra los que no cabía recurso interno³¹.

En segundo lugar, se trata de un recurso que, en algunos casos, no tiene ni plazo para su interposición, ni efectos suspensivos, ni plazo para su resolución. Con todo, lo cierto es que, en algunos de los reglamentos de los parlamentos autonómicos sí se ha incluido dicha regulación³², lo que contribuye, como se ha señalado, a considerar que es verdadero medio impugnatorio.

En las escasas resoluciones en las que el Tribunal Constitucional hace referencia a estas cuestiones entiende que los efectos suspensivos de la interposición de la solicitud de reconsideración no es una exigencia constitucional y que podrían producir una

²⁹ En buena medida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia parlamentaria es consecuencia de recursos de amparo planteados contra decisiones de inadmisión de iniciativas parlamentarias por las mesas de las Cámaras.

³⁰ En algunos casos, la justificación de que no esté previsto ningún recurso no cabe duda de que deriva de que algunas de estas decisiones podrían considerarse que no son jurídico-técnicas sino de oportunidad política.

³¹ Entre las últimas sentencias del Tribunal Constitucional, por ejemplo, la STC 65/2023, de 6 de junio, y las que son aplicación de esta, sobre la decisión de las presidencias del Congreso y del Senado, en cada caso, de tener por debidamente prestado el juramento o promesa de acatamiento de la Constitución. También, la STC 25/2023, de 17 de abril, respecto de la decisión de la presidenta del Congreso de los Diputados, confirmada en trámite de reconsideración por la mesa de la Cámara, de retirar del «Diario de Sesiones» determinada expresión.

³² A modo de ejemplo el art. 28.2 del Reglamento del Parlamento de Andalucía establece que «si un miembro de la Cámara o Grupo parlamentario con interés directo y legítimo discrepa de la decisión adoptada por la Mesa en el ejercicio de las funciones a que se refieren los puntos 6.º y 7.º del apartado anterior, podrá solicitar su reconsideración dentro de los dos días siguientes a la notificación del acuerdo. La Mesa decidirá definitivamente, mediante resolución motivada, en la primera sesión que celebre tras la solicitud de reconsideración. La presentación del recurso suspenderá la correspondiente tramitación. La Mesa no admitirá a trámite el recurso si el acto recurrido ha perdido su condición originaria al haber sido votado en Comisión o en Pleno». También el art. 36.2 del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias dispone que «si un Diputado o Grupo Parlamentario afectados por la decisión adoptada por la Mesa en el ejercicio de las funciones d) y e) del apartado anterior discrepan de la misma, podrán solicitar, dentro de los cuatro días siguientes a la notificación del acuerdo, su reconsideración. La Mesa decidirá definitivamente, oída la Junta de Portavoces, mediante resolución motivada, dentro de los siete días siguientes a la presentación de la solicitud de reconsideración. De oficio, o a instancia del solicitante de la reconsideración, la Mesa podrá suspender la ejecución del acuerdo impugnado».

Contra el acuerdo de la Mesa de la Cámara no cabrá recurso en vía parlamentaria y el vencimiento del plazo máximo para resolver sin haberse notificado resolución expresa legitima a los interesados para entender desestimada la reconsideración».

indeseada paralización de la actividad de la Cámara³³. Ahora bien, el que la interposición de una solicitud de reconsideración no tenga efectos suspensivos y no haya plazo para su resolución, puede tener efectos en la articulación del sistema de garantías de los parlamentarios, bien por entender que no es necesaria la interposición de la solicitud de reconsideración, bien por concluirse que no se requiere la resolución de esta. Así, por ejemplo, la prosecución de la tramitación parlamentaria determinó que el Tribunal Constitucional considerase que no era necesaria la interposición de este recurso para el ulterior planteamiento de un recurso de amparo cuando había quedado demostrado que no hubo tiempo material entre el conocimiento de la decisión impugnada y el subsiguiente trámite parlamentario³⁴ y se ha admitido algún recurso de amparo sin esperar a la resolución de la solicitud de reconsideración³⁵.

Finalmente, la doctrina se refiere a la falta de motivación del acuerdo inicial de la Mesa, circunstancia que, afirma Arce Janáriz³⁶ «resta gran parte de su virtualidad impugnatoria a la solicitud de reconsideración cuando no se deduzca por la falta de motivación, sino, como previsiblemente será más normal, frente a la inadmisión misma, pues, al desconocerse los motivos que hayan podido determinarla y no poder luego deducir una segunda solicitud de reconsideración frente al acuerdo que en su caso deniegue la primera, no podrán tampoco llegar a discutirse en sede parlamentaria las razones de la inadmisión cuando ésa sería cabalmente la función de la solicitud de reconsideración».

El Tribunal Constitucional ha establecido una consolidada doctrina sobre la exigencia de motivación de los acuerdos de los órganos rectores de la Cámara que puedan ser restrictivos del *ius in officium*³⁷. Ello, no obstante, de esta doctrina no se deriva la

³³ ATC 52/1994, FJ 3.

³⁴ STC 27/2000, de 31 de enero, FJ 2.

³⁵ En el recurso de amparo núm. 8263-2022, interpuesto por doña Concepción Gamarra Ruiz-Clavijo y doce personas más, todas ellas miembros del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, contra el acuerdo de la mesa de la Comisión de Justicia de 12 de diciembre de 2022 y contra el acuerdo del presidente de la Comisión de Justicia de 13 de diciembre de 2022. Los recurrentes plantearon solicitud de reconsideración ante la mesa de la Comisión de Justicia por entender que las enmiendas parciales admitidas no cumplían la exigencia de «conexión de homogeneidad» con la proposición de ley y plantearon el recurso de amparo antes de la resolución de dicha solicitud. El Tribunal Constitucional admitió el recurso de amparo por ATC 177/2022, de 19 de diciembre, a pesar de dicha circunstancia, lo que fue objeto de los votos particulares a dicha resolución. De otra parte, es importante, en relación con la materia ahora abordada, recordar que, en el citado ATC 177/2022, FJ 8, para la adopción de una medida cautelar (art. 56.6 LOTC), se consideró que en el caso de que no se resolviera una solicitud de reconsideración esta no pueda ser considerada como un recurso efectivo (en el sentido del art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

³⁶ *Op. cit.*, p. 237.

³⁷ Conforme a la STC 110/2019, de 2 de octubre, FJ 4, «es doctrina constitucional constante que la motivación que los demandantes echan en falta solo es un imperativo constitucional cuando los actos controvertidos hayan sido restrictivos del *ius in officium* de los representantes» (por todas las múltiples resoluciones en este sentido, STC 32/2017, de 27 de febrero, FJ 5). También, y modo de ejemplo, la reciente STC 30/2024, de 28 de febrero, FJ 4, afirma que los órganos rectores deben motivar las razones de su aplicación y la necesidad de que aquellos acuerdos que sean restrictivos del *ius in officium* no resulten decisiones arbitrarias o manifiestamente irrazonables, para lo que deben incorporar una motivación expresa, suficiente y adecuada, que permita determinar si la decisión adoptada entraña en sí misma el desconocimiento de la

exigencia de motivación del acuerdo inicial del órgano rector, ya que se ha considerado, ante la denuncia de falta de motivación de acuerdos de órganos de las diferentes cámaras, que dicha motivación ha podido ser expresada tanto en el acuerdo inicial, como en la contestación a la solicitud de reconsideración³⁸. En el mismo sentido, se ha afirmado que el acuerdo que resuelve la solicitud de reconsideración es un medio para aportar la motivación de un acto parlamentario³⁹.

2. LA PETICIÓN DE AMPARO

Otro de los instrumentos para garantizar los derechos de los diputados es la denominada petición de amparo. Como ya se ha expuesto, la expresión «amparo» tiene diferentes acepciones, si bien ahora se va a hacer referencia a las peticiones de amparo que se presentan, normalmente, ante determinada actuación del Gobierno, pero, también, de los órganos de la Cámara, actuación que normalmente consistirá en el incumplimiento de una obligación.

Dichas peticiones de amparo o bien están previstas en los propios reglamentos de la Cámara, o bien derivan de la práctica parlamentaria. Y, normalmente, se producen ante el incumplimiento por parte del Gobierno de respuesta a una solicitud de información. A este respecto, diferentes reglamentos parlamentarios establecen medios de tutela en caso de falta de contestación del Gobierno, o de contestación no satisfactoria⁴⁰.

facultad que se ha querido ejercitar y que no se manifiesta desprovista de razonabilidad en atención al fin institucional propio de la función que quiso ejercerse y los motivos aducidos para impedir su ejercicio (así, por ejemplo, SSTC 25/2023, de 17 de abril, FJ 3; 58/2023, de 23 de mayo, FJ 3; 65/2023, de 6 de junio, FJ 3, o 93/2023, de 12 de septiembre, FJ 3).

³⁸ En este sentido, STC 173/2020, de 19 de noviembre, FJ 3.

³⁹ En este sentido, SSTC 25/2023, de 17 de abril, FJ 4 b) y 137/2021, de 29 de junio, FJ 4 e).

⁴⁰ Por ejemplo, como garantía del derecho de acceso a la información, el art. 8.4 del Reglamento del Parlamento de Cataluña dispone que «en el caso de que se deniegue el derecho de acceso a la información o esta no se entregue en aplicación de lo establecido por el apartado 2, el diputado puede solicitar a la Mesa del Parlamento, en el plazo de tres días a contar desde el día siguiente al de la comunicación denegatoria o la finalización del plazo del requerimiento, que se pronuncie sobre la fundamentación del derecho de acceso a la información y adopte una decisión definitiva. La Mesa, si considera que debe permitirse el acceso a la información, debe comunicar su decisión a la autoridad responsable para que la cumpla de forma inmediata». En el art. 9 prevé otras medidas para garantizar el derecho de acceso a la información, y en su apartado 4 dispone que «el incumplimiento por parte del Gobierno del deber de facilitar el acceso a la información en los términos del artículo 8 puede dar lugar, como medida adicional y si lo pide el diputado afectado, a la inclusión en la primera sesión plenaria que se convoque de una pregunta sobre los motivos que han impedido hacerlo. Si a criterio del diputado o de su grupo parlamentario la respuesta no está suficientemente fundamentada, puede presentarse una propuesta de resolución ante la comisión correspondiente. Esta propuesta de resolución debe incluirse en el orden del día de la primera sesión que se convoque». Por su parte, el art. 11.4 del Reglamento del Parlamento Vasco establece que «una vez transcurrido el plazo señalado en el apartado 2, si la Administración se negara expresa o tácitamente a proporcionar la documentación o información solicitadas, o lo efectuase de forma parcial o limitativa, la parlamentaria o parlamentario firmante de la iniciativa podrá instar a la presidenta o presidente de la Cámara a que requiera de la Administración el cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. A tal efecto, la presidenta o presidente, de acuerdo con la Mesa y una vez analizados los antecedentes relativos a la petición, podrá comunicar motiva-

Sin embargo, en los casos en lo que no está previsto un medio de tutela ante la actuación del Gobierno o de los órganos de las propias Cámaras, la cuestión es más compleja.

Pues bien, en el análisis de la jurisprudencia constitucional podemos observar que hay recursos de amparo que se han presentado contra la desestimación o falta de atención ante una petición de amparo. Es el caso de la STC 12/2019, que estima un recurso de amparo interpuesto por procuradores de las Cortes de Castilla y León, contra el acuerdo de la mesa de dicha Cámara, de 20 de diciembre de 2017, por el que se denegó el amparo solicitado frente a la paralización de las actividades de la Comisión de investigación. En este caso, la sentencia no abordó el intento de los parlamentarios de reparación de su derecho en el seno de la Cámara sino tan solo la actuación frente a la cual habían solicitado dicho amparo al presidente de la Cámara.

En otros casos, sin embargo, el Tribunal Constitucional sí ha hecho referencia expresa a la petición de amparo. Pues bien, seguidamente se va a abordar conjuntamente el análisis de la petición de amparo, con esta u otra denominación, y de la función, o el deber, de los órganos de la Cámara de velar por los derechos de los diputados. Estos son dos mecanismos de garantías diferentes, pero el segundo, como criterio de actuación de los órganos de la Cámara tendría que estar presente en la adopción de toda decisión que pudiera afectar al ejercicio del *ius in officium*. Con todo, en aquellos casos que no esté expresamente previsto en el reglamento de la Cámara correspondiente el amparo a los órganos rectores o su alcance, este podría ser determinado, en su caso, atendiendo al deber de los órganos rectores de la Cámara de velar por los derechos de los diputados.

IV. El deber de los órganos de las Cámaras de velar por los derechos de los diputados

Hasta el momento, la jurisprudencia constitucional no ha establecido doctrina general sobre la función, o el deber de los órganos rectores de la Cámara de velar por los derechos de los diputados ni, en consecuencia, sobre su alcance, aunque sí la ha enunciado en más de una ocasión, con motivo de la resolución de recursos de amparo frente actos o resoluciones que afectaban al ejercicio de funciones o facultades que integran el *ius in officium*. La palabra velar tiene varias acepciones en el Diccionario de la Real Academia Española. Una de a las que parece referirse esta doctrina constitucional puede ser la de «cuidar solícitamente de algo». Quizá también «observar atentamente algo».

damente a la parlamentaria o parlamentario la conformidad con la decisión del Ejecutivo, o bien requerir al Gobierno la documentación no remitida. En caso de que este mantenga su rechazo, deberá dar cuenta al Parlamento en la siguiente sesión plenaria».

A su vez, el art. 15.4 del Reglamento del Parlamento de las Illes Balears, establece que «cuando a juicio del diputado o la diputada la administración incumpliera o cumpliera defectuosamente con lo requerido, y sin perjuicio de cualquier otro recurso que resulte pertinente, el diputado o la diputada podrá formular su queja ante la Mesa de la cámara, que adoptará las medidas que considere oportunas y necesarias para garantizarle el acceso a la documentación y a la información solicitadas, dando cuenta de ello al diputado o a la diputada interesado».

Así, en algunos casos, la forma en la que el Tribunal Constitucional hace referencia a la expresión «función de velar por los derechos de los diputados» parece concebirla como un criterio de actuación de los órganos de la Cámara. O, en otras palabras, como uno de los elementos que dichos órganos han de tener en cuenta en la adopción de decisiones que puedan suponer una limitación al ejercicio de aquellos derechos o atribuciones que integran el estatuto constitucionalmente relevante del representante público: su interpretación restrictiva, su motivación y la obligación de velar por los derechos de los diputados. En otros casos, sin embargo, parece concebirla como una función en sí misma.

El fundamento de esta función, o de este deber, se encuentra en la propia naturaleza de la presidencia y de la Mesa de las Cámaras. Es de todos conocido que, pese a ser órganos políticos, por su elección, tienen funciones de naturaleza institucional⁴¹. Valga un breve recordatorio a este respecto⁴².

La presidencia de la Cámara es elegida por la mayoría⁴³, si bien el ejercicio de sus funciones ha de actuar con imparcialidad, hasta el punto de haberse entendido que la imparcialidad del presidente es uno de los principios generales de la práctica parlamentaria⁴⁴. Desempeña, además, como destaca Manuel Delgado-Iribarren una magistratura de garantía. Esta función de garantía tiene especial relevancia en lo que aquí interesa, pues se ha subrayado la necesidad de que la presidencia de la Cámara sea garante de las minorías y de los parlamentarios individuales y también de la mayoría y del Gobierno⁴⁵.

El Tribunal Constitucional ha destacado la naturaleza institucional de las mesas de las Cámaras cuando afirma que la Mesa es un órgano que no está llamado a expresar la voluntad política de la Cámara⁴⁶. También cuando se refiere a la naturaleza y la importante función que le corresponde a la Mesa en los actuales Parlamentos y su imprescindible labor técnico-jurídica, «dirigida a ordenar y racionalizar el funciona-

⁴¹ En todo caso, no se puede perder de vista la tensión entre la función política y la regulación normativa en las Cámaras de tal manera que como señala Elviro Aranda Álvarez, «el funcionamiento de las Cámaras está establecido de acuerdo con un Derecho que ha de garantizar, como en todo sistema normativo, la necesaria seguridad y certeza en el comportamiento de los órganos parlamentarios. Pero, al mismo tiempo, el sentido político de todo lo que se hace en el Parlamento penetra todos los procedimientos y el comportamiento de sus órganos» [«La autonomía parlamentaria en la Constitución española de 1978: una visión de futuro», *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, CEPCE, Madrid, 2018, p. 3395].

⁴² Sobre esta materia sigue siendo imprescindible la obra de Ignacio Torres Muro, *Los órganos de gobierno de las cámaras*.

⁴³ Benigno Pendás García y Piedad García Escudero dan cuenta de la elección del presidente de la Cámara prácticamente por unanimidad en la II y III Legislatura («Artículo 72.2: autogobierno de las Cámaras. Sesiones conjuntas», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. VI, Edersa, Cortes Generales, Madrid, 1998, pp. 433-456). La doctrina ha entendido que la elección por mayoría determina que se aparte a las minorías y que no se garantice que la presidencia sea un órgano neutral y no de la mayoría, ya que ello dependerá de la buena voluntad de quien ocupe el puesto (P. Requejo Rodríguez, «La posición de las minorías en el estado democrático», *Decidir por mayoría*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 104).

⁴⁴ Benigno Pendás García y Piedad García Escudero, *op.*, cit., pp. 433-456.

⁴⁵ Manuel Delgado-Iribarren García-Campero, «Art. 32», *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*, coords. Alfonso Cuenca Miranda, Blanca Hernández Oliver y María Rosa Ripollés Serrano, 2023, pp. 296 y ss.

⁴⁶ STC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 7.

miento de las Cámaras para su mayor eficiencia, como foro de debate y participación en la cosa pública»⁴⁷ sobre todo, cuando se refiere a la función de este órgano de calificación y admisión a trámite de las iniciativas parlamentarias. Esta función de calificación «perfila el carácter institucional que la pertenencia a la Mesa presta a sus miembros»⁴⁸.

Por lo tanto, la Mesa de la Cámara es un órgano con funciones de naturaleza institucional y, a pesar de ser un órgano de político⁴⁹, «del que forman parte diputados de diferentes grupos parlamentarios, su función no es la de representar los intereses de dichos grupos, sino la de ejercer funciones de naturaleza institucional, en nombre de todos los miembros de las Cámaras» y debe procurar garantizar los derechos e intereses de todos los grupos y también los de los diputados individuales⁵⁰.

La naturaleza de la Mesa y de la presidencia determina, como se ha visto, que tengan encomendada una función de garantía de los derechos de los diputados, a la postre, la función de velar por los derechos de los diputados. Esta es una función que, aunque genérica, se concreta en actuaciones concretas que han de llevar a cabo para salvaguardar los derechos de los parlamentarios, muy especialmente, los de las minorías. Es cierto, en todo caso, que cuando esta función no está expresamente prevista en el reglamento de la Cámara, podría entenderse, y de hecho así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, en alguna ocasión, que no puede determinar el modo concreto en que ha de actuar el presidente o la mesa de la Cámara para cumplir dicha función.

Pues bien, en la jurisprudencia constitucional se pueden encontrar diferentes referencias a esta función, o deber de la mesa, y de la presidencia de la Cámara.

1. CON CARÁCTER GENERAL

El Tribunal Constitucional afirma que los órganos de la Cámara han de realizar una interpretación restrictiva de todas aquellas normas que puedan suponer una limitación al ejercicio de aquellos derechos o atribuciones que integran el estatuto constitucionalmente relevante del representante público y a motivar las razones de su aplicación, y han de ejercer su función de velar por los derechos de los diputados. En este sentido, ha entendido el Tribunal Constitucional que ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia constitucional sobre la obligación de la mesa de velar por los derechos de los diputados, que considera que ha de estar presente, especialmente, en aquellos supuestos en que el asunto sometido a la consideración de la mesa de la Cámara com-

⁴⁷ SSTC 38/1999, FJ 3; 199/2016, FJ 3; y 35/2022, FJ 3. También STC 110/2019, FJ 3 A) b) en la que se relaciona esta función de la Mesa con la de garantía de los derechos de las minorías.

⁴⁸ Benigno Pendás García y Piedad García Escudero (*op. cit.*, p. 438).

⁴⁹ Un sector de la doctrina hace más hincapié en el carácter político de las mesas de las Cámaras. Por ejemplo, cuando se afirma que «los órganos de gobierno de las Cámaras siempre confirmarán la interpretación y el posicionamiento del grupo mayoritario que ofrece apoyo al Gobierno» (Francisco Caamaño Domínguez, *op. cit.*, 9).

⁵⁰ Delgado-Iribarren, *op. cit.*, pp. 246-247.

porta una restricción de los derechos de los diputados⁵¹. De esta afirmación cabe colegir que, como se ha puesto de relieve con anterioridad, el Tribunal Constitucional ha introducido, dentro de los criterios que han de seguir las mesas de las Cámaras, además de la interpretación restrictiva de las normas limitadoras de derechos de los parlamentarios y de la exigencia de motivación de sus decisiones, la necesidad de responder a esta función de velar por los derechos de los diputados.

2. EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA INFORMACIÓN DE LOS DIPUTADOS

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la protección que los órganos de la Cámara han, o no, de dar a los parlamentarios que ven desatendida su petición de información en las SSTC 181/1989, de 3 de noviembre, FJ 3; 58/2023, de 21 de noviembre, FJ 4; y 165/2023, de 21 de noviembre.

En la primera de estas sentencias, el recurso de amparo se había interpuesto contra un acuerdo adoptado a resultas de la petición que el portavoz del grupo parlamentario Popular había dirigido a la mesa del Parlamento en orden a la interpretación de un precepto reglamentario, sobre los límites del ejercicio de su derecho a obtener información del Gobierno de la Comunidad Autónoma. En este caso, la mención de la función de protección de este específico derecho, como la actuación de la presidencia en que se tenía que traducir la misma estaban previstos expresamente en una norma interpretativa del reglamento del Parlamento. De acuerdo con esta, dicha protección consiste «en el requerimiento que el presidente debe dirigir a la Administración instándola a dar satisfacción a la solicitud de información que le hubieran dirigido los Diputados»⁵². Requerimiento que procede, dice el Tribunal «más allá de la literalidad de la Norma citada, no sólo en los casos de omisión o silencio de la autoridad solicitada, sino como es lógico, cuando las razones esgrimidas por la Administración en apoyo de su negativa sean, por su carácter infundado o arbitrario, atentatorias al derecho que el Reglamento otorga a los parlamentarios».

La segunda de las sentencias citadas, la STC 58/2023, resuelve el recurso de amparo planteado por diputados del grupo parlamentario VOX en el Parlamento de las Illes Balears contra el acuerdo de la mesa de dicha Cámara de no controvertir la posición del Gobierno de dicha Comunidad Autónoma en relación con el derecho de acceso a las dependencias de los centros educativos públicos de la comunidad autónoma, solicitado al amparo del art. 15.5 del reglamento del Parlamento de las Illes Balears⁵³.

⁵¹ STC 93/2023, FJ 3 b).

⁵² STC 181/1989, FJ 3.

⁵³ El art. 15.5 del Reglamento de las Illes Balears establece que «Los diputados pueden acceder a las dependencias públicas. Para el cumplimiento de su función parlamentaria pueden concertar visitas con los responsables de las dependencias públicas. También pueden, a efectos de visitar una dependencia del Gobierno de las Illes Balears, ponerlo en conocimiento de la mesa del Parlamento. En este caso, la Presidencia del Parlamento lo comunicará a la consejería o a la entidad afectada señalando el día y la hora de la visita. El Gobierno podrá denegar por razones fundamentadas la visita a determinadas dependencias. Las visitas se harán en tiempo y forma para permitir el normal funcionamiento del servicio».

Independientemente de otras consideraciones que puede suscitar dicha sentencia⁵⁴, y aunque en la misma no se establezca doctrina sobre el deber de protección o de velar por los derechos de los parlamentarios de los órganos de la Cámara, su relevancia, a los efectos que ahora interesa, radica en que, en su FJ 2, dedicado a la especial trascendencia constitucional del recurso, recordó que el mismo permitía «aclarar su jurisprudencia en la materia». La sentencia afirma que «si bien el Tribunal ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la función de los órganos de las asambleas legislativas de velar por los derechos de los parlamentarios cuando desarrollan la labor de control de la acción de gobierno, no hay una específica jurisprudencia constitucional sobre la concreta facultad prevista en los reglamentos parlamentarios del derecho de los diputados de acceso a instalaciones públicas para el cumplimiento de su función parlamentaria y cuál es el alcance de las funciones de los órganos parlamentarios en relación con su ejercicio». Sin embargo, como sucede a veces, en esta sentencia se expresa la necesidad de establecer doctrina sobre algún aspecto que posteriormente no es desarrollado. La STC 58/2023 establece doctrina muy relevante sobre el derecho de los parlamentarios de visitas a dependencias de la administración, como núcleo del *ius in officium*, pero no doctrina sobre el alcance de la función de los órganos parlamentarios en relación con la misma, más allá de la resolución del caso concreto.

Dos apreciaciones al respecto pueden resultar, asimismo, clarificadoras respecto a esta concreta función de los órganos de la Cámara. De una parte que, en este caso, al igual que en el anterior, la protección que puede dispensar el presidente de la Cámara respecto al ejercicio del derecho a la información de los parlamentarios está prevista en el reglamento de la Cámara, si bien el Tribunal parece entender que en este caso no es necesario que los órganos de la Cámara adopten ninguna decisión más allá de las que se habían tomado, decisiones que, además, entiende el Tribunal que contienen una motivación que permite descartar la vulneración del art. 23.2 CE. De otra parte, en el voto particular⁵⁵ a esta sentencia, y más allá de la discrepancia en el fallo de la sentencia, se hace referencia a obligación de la mesa de la Cámara de velar por los derechos de los diputados en relación con el ejercicio de sus funciones de control de la acción gubernamental del Ejecutivo autonómico.

Finalmente, es particularmente significativa la STC 165/2023. El recurso de amparo que resuelve esta sentencia tiene por origen una petición de amparo a la presidencia de la Cámara. Petición de amparo que, según expresan los recurrentes, no es atendida, lo que determina la interposición del subsiguiente recurso de amparo que, a su vez, fue desestimado por el Tribunal Constitucional. En esta sentencia se hace referencia a uno de los instrumentos de tutela de los derechos de los parlamentarios como es la

⁵⁴ Comentada por Francisco Javier Ruiz Bursón, «El derecho de los parlamentarios a visitar las dependencias de la Administración: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2023, de 23 de mayo. Recurso de amparo núm. 3908-2020. (BOE núm. 150, de 24 de junio de 2023)», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 116, 2023, pp. 609-624. Disponible en: <https://doi.org/10.33426/rcg/2023/116/1789>.

⁵⁵ Formulado por el magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla y al que se adhieren los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho y don César Tolosa Tribiño, y la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera.

petición de amparo⁵⁶, en este caso a la presidencia del Congreso de los Diputados. Dicho instrumento no está expresamente previsto en el Reglamento del Congreso, circunstancia que va a determinar, al entender del Tribunal, tanto la naturaleza de este instrumento, la posible actuación de la presidencia y el posible escrutinio del Alto Tribunal.

Afirma el Tribunal, en la citada sentencia⁵⁷, que la solicitud de amparo a la Presidencia no es un recurso interno equiparable a las solicitudes de reconsideración frente a las decisiones de la mesa, distinción que afecta, dice el Tribunal, a la propia naturaleza de ambos actos. Describe esta solicitud de amparo como un mecanismo no previsto reglamentariamente, originado en la práctica parlamentaria y que pretende favorecer a los miembros de la Cámara en el ejercicio de su función, especialmente cuando afecta a actuaciones de otros órganos. Considera que tanto este mecanismo como los «acuerdos de la Presidencia» que responden a esas solicitudes de amparo, se dirigen «a la defensa de la facultad de los diputados mediante una actuación no prevista en el Reglamento». Su fundamento la encuentra el Tribunal en la facultad que le corresponde a la presidencia de la Cámara de «cumplir y hacer cumplir el Reglamento, interpretándolo en los casos de duda y supliéndolo en los de omisión» (art. 32.2 RCD). Insiste el Tribunal en que la Presidencia de la Cámara ha de defender los derechos de los diputados respetando la lógica constitucional e institucional a la que debe sujetarse, pero que la Presidencia no es un órgano jurisdiccional que pueda otorgar amparos o fiscalizar la actuación del Gobierno, y no puede asegurar la efectiva satisfacción del derecho pretendidamente vulnerado y restablecer el supuesto perjuicio provocado, porque ello exigiría una intervención que no le corresponde.

Esta función, en relación con la facultad parlamentaria de solicitar información de las administraciones públicas, encontraría acomodo, a su vez, en el art. 7 RCD, si bien este precepto, según recuerda el Tribunal se limita a precisar que ha de hacerse «por conducto de la Presidencia» de la Cámara; y el acuerdo presidencial «pretende dar a los solicitantes una nueva oportunidad para que el Gobierno les conteste», para lo cual se le transmiten los motivos expresados por los solicitantes de la información en su escrito de amparo. La falta de previsión reglamentaria determina, a juicio del Tribunal, que la Cámara no tenga que entrar a valorar los motivos expresados para denegar la información que, en su caso, le llevaría a la adopción de una actuación más contundente que la que se exige, en este caso, a la presidenta de la Cámara.

El Tribunal reconoce, de esta manera, que existe en el Congreso de los Diputados una vía concreta para favorecer el ejercicio de las funciones que corresponden a los diputados frente a la actuación del gobierno. Ahora bien, la falta de un reconocimiento expreso en el reglamento de la Cámara de dicha función y de las medidas que el órgano de la Cámara ha de adoptar determinan que, en este caso, esta tutela se limite a «trasladar al Gobierno la valoración que de ella hacen los solicitantes, facilitando así la

⁵⁶ Sobre este amparo, *vid.* Manuel Delgado-Iribarren García-Campero, «Art. 32», *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*, Alfonso Cuenca Miranda, Blanca Hernández Oliver y María Rosa Ripollés Serrano (coords.), 2023, 301 y ss.

⁵⁷ STC 165/2023, FJ 4.

eventual reconsideración de su decisión inicial y solicitando que se comuniquen a la Presidencia las consideraciones que, en su caso, se estimen oportunas; a la vez que sugiere a los parlamentarios posibles vías reglamentarias (solicitar una aclaración, o plantear nuevas iniciativas) que permitan insistir en la petición inicialmente denegada».

El Tribunal considera que la presidencia de la Cámara no tiene que entrar a valorar los motivos del gobierno para denegar la información solicitada. Esta doctrina contrasta con la que se había establecido previamente en relación con el ejercicio del veto presupuestario por el gobierno en la que, aun a falta de previsión reglamentaria, como a continuación expondremos, la mesa de la Cámara, en el ejercicio de la función de velar por los derechos de los diputados, debe valorar precisamente la motivación del Gobierno para ejercer el veto presupuestario.

Con todo, la falta de previsión reglamentaria no habría sido obstáculo para que el Tribunal considerara que se deben valorar por los correspondientes órganos de la Cámara los motivos de denegación de la información, pues ya lo había considerado así en relación con el ejercicio del veto presupuestario. Cuestión diferente es determinar cual tendría que ser la actuación de los órganos de la Cámara subsiguiente a la valoración de los motivos del Gobierno. Ello podría exceder de la función del Tribunal Constitucional cuando no esté expresamente prevista en el reglamento de la Cámara. Aunque, a mi entender, velar por los derechos de los diputados no tiene por qué ser equivalente a satisfacer el derecho efectivamente vulnerado, sino tan solo, realizar una actuación tendente a su satisfacción.

3. EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

En las sentencias en las que el Tribunal Constitucional se ha referido de forma más clara a la función de los órganos de la Cámara de velar por los derechos de los diputados es en las que establece la doctrina sobre el veto presupuestario. En concreto, en las SSTC 34/2018 y 44/2018, en dos conflictos entre órganos constitucionales del Estado y en las SSTC 94/2018, FJ 5; 17/2019, FJ 3; 139/2018, FJ 5, y 53/2021, FJ 5, y, más recientemente, en la STC 132/2023, de 23 de octubre, en recursos de amparo parlamentarios, en las que se hace referencia a la obligación de la mesa de velar por los derechos fundamentales de los parlamentarios en relación con el ejercicio de la función legislativa con ocasión del ejercicio del veto presupuestario por el Gobierno.

Así, por ejemplo, en la STC 94/2018, de 17 de septiembre, FJ 5 b), se expone la doble responsabilidad de la mesa de la Cámara en relación con el ejercicio por el Gobierno de la facultad de veto, *ex* artículo 134.6 CE, sobre las proposiciones de ley presentadas por los grupos parlamentarios. De una parte, a la revisión de esa facultad y, de otra, a que su decisión (en el caso de inadmisión de la proposición de ley) puede implicar una limitación del *ius in officium* protegido constitucionalmente, por tratarse de una iniciativa legislativa que constituye una manifestación genuina de la actividad parlamentaria. En el ámbito de esta segunda responsabilidad, el Tribunal Constitucional entendió que la Mesa debe velar por los derechos fundamentales de los parlamentarios, derivados del artículo 23 CE. Esta función se traduce, en el caso del ejercicio

del veto presupuestario por el gobierno en que, en el supuesto de que la mesa exprese su conformidad al veto presupuestario, la respuesta debe estar formal y materialmente motivada, «a fin de que tras ellas no se esconda un juicio sobre la oportunidad política, en los casos en que ese juicio esté atribuido a la Cámara parlamentaria en el correspondiente trámite de toma en consideración o en el debate plenario» [STC 34/2018, FJ 4 b), y todas las que allí se citan].

Conforme a la referida jurisprudencia, la función de los órganos de la Cámara de velar por los derechos de los diputados se traduce en la exigencia de motivación de sus acuerdos, lo que, realmente, no comporta una modificación de la doctrina constitucional previa, que, en todo caso, exige a los órganos de la Cámara la motivación de sus acuerdos cuando comporten una restricción de derechos.

Con todo, de dicha jurisprudencia se podría inferir que la función, o el deber, de los órganos de la Cámara no tiene por qué estar prevista expresamente en el reglamento de la Cámara y que, a pesar de ello, puede encontrar su traducción en la exigencia de una actuación concreta, en este caso, a la Mesa de la Cámara. Es cierto, como hemos señalado, que la eventual restricción de los derechos de los diputados exige, en todo caso, una motivación formal y material, pero lo novedoso de esa doctrina es que determina el alcance del control que ha de ejercer la mesa de la Cámara y la forma en la que se ha de motivar.

En el ejercicio de dicha función, como describe la STC 132/2023, de 23 de octubre, FJ 4, la mesa ha de discurrir por el estrecho margen que le permite la posición de equilibrio que debe mantener entre su deber de garantizar los derechos de los parlamentarios *ex art. 23 CE* y el respeto del principio de lealtad institucional en su relación con el Gobierno evitando obstaculizar su actuación.

Hay más menciones aisladas en la jurisprudencia constitucional a la función de velar por los derechos de las minorías y el procedimiento legislativo. Como se ha apuntado, el órgano de gobierno de la cámara tiene una función, en general, técnico-jurídica, para ordenar y racionalizar el funcionamiento de la respectiva asamblea, dentro de la cual puede ponderar las circunstancias para ordenar la tramitación de una iniciativa legislativa, en concreto para proponer o no la tramitación en lectura única en el Congreso de los Diputados conforme al art. 150.1 del Reglamento del Congreso. El trámite previsto en dicho precepto, entendió el Tribunal, es un trámite que está al servicio objetivo de la debida protección de las minorías ante un procedimiento legislativo especial. La mesa debe velar por la garantía de las minorías, en este caso, entiende el Tribunal Constitucional, por haberlo previsto así el Reglamento⁵⁸.

VI. Conclusiones

La posible amplitud del control del Parlamento por el Tribunal Constitucional que ya se advirtió por el profesor y letrado del Tribunal Constitucional Javier Jiménez

⁵⁸ En este sentido se puede entender la STC 110/2019, FJ 3 A) b).

Campo en los años noventa, ha encontrado, en el seno de la doctrina científica una respuesta en las garantías que pueden ofrecer las propias Cámaras.

Entre estas garantías, o como fundamento de estas, se encuentra la función de los órganos de la Cámara de velar por los derechos de los diputados. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya se ha referido en algunas ocasiones a esta función, si bien no siempre ha anudado a la misma idénticas consecuencias. Realmente, hasta la fecha, lo que se puede colegir de esta doctrina es que el Tribunal Constitucional, de alguna manera, parece insistir, o intentar reforzar criterios anteriores de actuación de los órganos de las Cámaras como es la interpretación restrictiva de todas aquellas normas que puedan suponer una limitación al ejercicio de aquellos derechos o atribuciones que integran el estatuto constitucionalmente relevante del representante público. A la postre, no es más que insistir en que «el reconocimiento de los derechos de los parlamentarios establece los límites de los órganos parlamentarios en el desarrollo de la actividad de organización interna»⁵⁹.

⁵⁹ Elviro Aranda Álvarez, *op. cit.*, p. 3391.

LA AMPLIA, PERO LIMITADA, LIBERTAD DEL LEGISLADOR ESTATAL PARA DETERMINAR (EL ALCANCE MÁXIMO Y MÍNIMO DE) *LO BÁSICO**

ANTONIO ARROYO GIL
Letrado del Tribunal Constitucional

I. Presentación

En un trabajo que ya podemos considerar clásico en la materia, nuestro homenajeado, Javier Jiménez Campo, con gran agudeza, se preguntaba «qué es *lo básico*»¹. Y aunque asumía la práctica imposibilidad de ofrecer una respuesta definitiva (en el sentido de precisa, acabada e inmutable) a tal cuestión², señalaba, sin embargo, algunos aspectos que conviene tener muy presentes cuando nos enfrentemos a su análisis o estudio³. En buena medida, esas apreciaciones siguen siendo hoy perfectamente válidas (y valiosas), pese a que, con el paso de los años, la labor del Estado en el entendimiento del alcance de esta competencia que la Constitución, en diversos subapartados del art. 149.1 CE, le atribuye, haya ido cambiando, al ritmo también cambiante, de la doctrina que el Tribunal Constitucional ha ido sentando en la materia. Utilizaremos esta expresión («doctrina constitucional de *lo básico*»), aunque seamos conscientes de que su uso puede resultar un tanto excesivo, en la medida en que lo que podemos encontrar a lo largo de la ya dilatada jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, es, más bien, tal y como se apuntaba, una serie (abundante) de resoluciones que, en función de diversas circunstancias, han ido perfilando, con cierta difusión, los contornos de eso que damos en llamar *lo básico*.

El objeto del presente trabajo, bien humilde, no es otro que ofrecer, en primer lugar, un repaso, necesariamente somero, de dicha doctrina constitucional, exclusiva-

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación «La Constitución como instrumento de integración de la sociedad y el sistema político» (PID2020-117503GB-I00 – IP: Xabier Arzoz Santisteban, UNED).

¹ Javier Jiménez Campo, «¿Qué es *lo básico*? Legislación compartida en el Estado autonómico», *REDC*, 27, 1989.

² Directamente, afirmaba que «[...] [l]a pregunta que da título a este trabajo es [...] estrictamente retórica y carece de respuesta en Derecho: desde un entendimiento positivo del ordenamiento no cabe decir —en abstracto— qué cosa sea “lo básico”» (*ibidem*, p. 41).

³ En concreto, señalaba Jiménez Campo que, aunque «[...] [n]o es útil divagar [...] en torno a una *Idea* constitucional de lo básico, [...] sí es posible —y preciso [...]— seguir reflexionando sobre el modo de identificación política y, en su caso, jurisdiccional de las reglas con las que pretendan las instituciones generales del Estado ejercer las competencias que les atribuye, al efecto, el art. 149.1 de la Constitución en varios de sus apartados» (*ibidem*, p. 41).

mente en lo que se refiere a la determinación del alcance de *lo básico*, dejando de lado, por tanto, otras cuestiones que, pese a su indudable trascendencia, no pueden ahora ser abordadas, como es el caso de la respuesta que se ha de ofrecer a los conflictos normativos que, con frecuencia, se producen en este ámbito de las relaciones entre la normativa básica estatal y la normativa autonómica de desarrollo, y que a partir de las SSTC 102/2016, de 25 de mayo, y 204/2016, de 1 de diciembre, de manera ciertamente controvertida, parece haber adquirido un nuevo rumbo, dando aplicación, en determinados supuestos, a la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE, con los riesgos que ello conlleva para el futuro del Estado autonómico, el propio modelo de control concentrado de constitucionalidad de las leyes y el principio de seguridad jurídica⁴.

Seguidamente, y como eventual corolario de esta abundante jurisprudencia constitucional sobre el alcance de *lo básico*, centraremos la atención en el análisis de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional⁵ en la que, por vez primera, se plantea una problemática (que podemos denominar «el defecto de *lo básico*») de indudable interés, en tanto que nos obliga a enfrentarnos, de nuevo, con alguna de las viejas cuestiones que rondan a esta técnica de distribución competencial.

Finalmente, a modo de conclusión, se ofrecerá una reflexión crítica, igualmente sucinta, sobre aquello a lo que —según creo— ha abocado, en términos generales, esta dilatada jurisprudencia constitucional, que no es otra cosa, lo anticipo ya, que la muy amplia (aunque no ilimitada) libertad del Estado para determinar (el alcance de) *lo básico*.

II. Breve repaso de la doctrina constitucional sobre *lo básico*

Lo característico de las llamadas «competencias compartidas», que es a lo que responde la técnica de distribución competencial «bases estatales-desarrollo autonómico»⁶,

⁴ Muy críticos con esta nueva línea jurisprudencial abierta por el Tribunal Constitucional, entre otros muchos, Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, «La reanimación de la prevalencia. ¿Una grieta abierta en nuestro modelo centralizado de justicia constitucional?», *REDC*, 11, 2017, pp. 307-340; y Antonio Arroyo Gil, *Distribución y delimitación de competencias*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 155 y ss.

Una visión más «complaciente» con este giro jurisprudencial, en Germán Fernández Farreres, «Tipos de competencias normativas del Estado y las Comunidades autónomas (exclusivas, compartidas, concurrentes) y función de la regla de prevalencia del Derecho estatal», en Ramón Punset Blanch y Leopoldo Tolivar Alas (coords.), *España: el federalismo necesario*, Reus, Madrid, 2020, pp. 59-94.

Un análisis reciente, y muy completo, de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el significado y función de la regla de prevalencia, en Pedro Ibáñez Buil, «La reciente evolución de la regla de prevalencia del derecho estatal en la doctrina constitucional», *RAP*, 220, 2023, pp. 219-249.

⁵ Se trata de la STC 34/2023, de 18 de abril, recaída en el recurso de inconstitucionalidad 1760-2021, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso en relación con la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación.

⁶ Esta es, en efecto, la calificación correcta («competencias compartidas»), que se refiere a aquellos supuestos en los que, si nos centramos únicamente en el ámbito de la legislación, se comparte la potestad legislativa entre el Estado y las Comunidades sobre una misma materia. Conviene diferenciarlas, pese a que no siempre se haya hecho así, de las llamadas «competencias concurrentes». Como señala G. Fernández Farreres, «Tipos de competencias normativas...», p. 67, mientras que en las primeras (competencias com-

es que la regulación y/o ejecución de una misma materia se encuentra repartida entre dos diferentes niveles de gobierno, el estatal y el autonómico (en nuestro caso), porque así lo ha querido el constituyente, plasmándolo —con diferentes fórmulas o expresiones— en diversos subapartados del art. 149.1 CE⁷.

Una primera idea, difícilmente discutible, que se extrae de esta decisión constitucional, es que ha de haber un espacio para el Estado (a la hora de regular *lo básico* o, incluso, como se verá, de adoptar meros actos de aplicación o ejecución) y otro espacio para las Comunidades autónomas que hayan asumido la correspondiente competencia (normativa y/o ejecutiva) en sus respectivos Estatutos de autonomía. Dicho de otro modo, el Estado a la hora de ejercer su competencia básica (esto es, de regular —o ejecutar— lo que sea —o considere— básico), habrá de dejar, en todo caso, un margen de actuación —mayor o menor— a las Comunidades autónomas para que estas puedan ejercer sus correspondientes competencias de desarrollo. Sencillamente porque el constituyente no quiso que la regulación (y, en su caso, ejecución) completa de determinadas materias correspondiera de forma exclusiva (en el sentido de agotadora) al Estado, como sí lo previó en relación con otras materias en las que la competencia exclusiva del Estado sí es completa (no meramente básica)⁸.

partidas) «sobre la misma materia se comparten potestades normativas que, aun cuando sean de la misma cualidad, su alcance y extensión resulta desigual», en las segundas (competencias concurrentes), por el contrario, «lo que se comparte es la materia, sobre la cual son ejercitables idénticos poderes normativos».

Sobre los diferentes tipos competenciales, véase Antonio Arroyo Gil, *Distribución y delimitación de competencias...*, pp. 47 y ss. (en términos generales) y pp. 139 y ss. (en relación con el ordenamiento jurídico-constitucional español).

⁷ En concreto, se trata de los siguientes: «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (1.º); «bases de las obligaciones contractuales» (8.º); «bases de la ordenación de crédito, banca y seguros» (11.º); «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (13.º); «bases y coordinación general de la sanidad» (16.º); «legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social» (17.º); «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas» y «legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas» (18.ª); «legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección» y la «legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias» (23.º); «bases de régimen minero y energético» (25.º); «normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas» (27.º); y «normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia» (30.º).

Se ha de tener en cuenta, no obstante, que la competencia estatal reconocida en los subapartados 1.º y 13.º no lo es para el establecimiento de las bases de una materia concreta, sino que, por el contrario, tiene un alcance distinto, que se ha calificado de horizontal o transversal. Sobre la problemática definición de este tipo de competencias (horizontales o transversales) y su incidencia en el reparto constitucional de competencias de carácter material no nos podemos detener ahora. Me remito a lo señalado en Antonio Arroyo Gil, *Distribución y delimitación de competencias...*, pp. 69 y ss. y 160 y ss.

⁸ Es abundante la doctrina científica que se ha pronunciado sobre la necesidad de que, en ejercicio de su competencia básica, el Estado no agote la regulación de una materia, sin dejar margen alguno a las Comunidades autónomas para la aprobación de su respectiva normativa de desarrollo. *Vid.*, entre otros muchos, Carles Viver i Pi-Sunyer, *Materiales competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989;

El Tribunal Constitucional así lo ha reconocido, de manera expresa, al afirmar que «excede de lo básico toda aquella ordenación que, por su minuciosidad y detalle, no deja espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo, produciéndose en tal caso, por regla general, un resultado de vulneración competencial que priva a lo presentado como básico de su condición de tal» (SSTC 147/1991, de 4 de julio; y 275/2000, de 16 de noviembre)⁹.

Asumida una determinada competencia de desarrollo por una Comunidad autónoma en su Estatuto de autonomía, la Asamblea legislativa autonómica correspondiente podrá proceder a legislar sobre la misma con el único límite de respetar las bases que, en una interpretación conforme a la Constitución, quepa deducir de la legislación estatal vigente sobre la materia, incluso aunque esta sea preconstitucional (STC 32/1981, de 28 de julio, FFJJ 6 y 7). Para el Tribunal Constitucional, *lo básico*, por tanto, es lo que materialmente tiene ese carácter, sin necesidad de que el legislador estatal lo haya conceptualizado así. Se conseguía, de este modo, que los parlamentos autonómicos pudieran proceder a desplegar lo más genuino de su autonomía política, esto es, a legislar en el ámbito de las competencias que hubieran asumido, aunque el Estado no lo hubiese hecho aún en ejercicio de su correspondiente competencia básica. Esta «concepción material de *lo básico*», asumida desde temprano por el máximo intérprete de la Constitución, buscaba fundamentalmente impedir que una inactividad del Estado (estableciendo las bases de una materia) trajera consigo que las recién constituidas Comunidades autónomas quedaran privadas de la capacidad de ejercer sus competencias de desarrollo y, en definitiva, su autonomía política (STC 85/1984, de 26 de julio, FJ 4). De este modo, *lo básico* no era necesariamente lo que, tras la entrada en vigor de la Norma Fundamental, así se calificase por el Estado, en ejercicio de sus facultades normativas o ejecutivas, sino lo que cupiera entender como tal (básico) a partir de una interpretación de la legislación vigente sobre la materia en cuestión que resultase adecuada a los postulados constitucionales.

Este concepto material de *lo básico* no se ha llegado a abandonar nunca por parte de nuestro Tribunal Constitucional¹⁰, seguramente porque es un concepto que se deriva

Xabier Arzoz Santisteban, «¿Reforma o abandono de la legislación básica como técnica de delimitación de competencias?», *REAF*, 23, 2016, pp. 201-234; José Antonio Montilla Martos, «La evolución de las competencias compartidas bases-desarrollo», *RDP*, 101, 2018; Antonio Arroyo Gil, *Distribución y delimitación de competencias*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

⁹ Aunque el Tribunal Constitucional, en efecto, ha recurrido con frecuencia a este criterio de no vaciamiento de las competencias autonómicas de desarrollo para apuntar un límite —ciertamente nebuloso— de la competencia básica estatal, también ha reconocido, no obstante, la posibilidad de que el propio Estado pueda agotar legítimamente la regulación del subsector de una materia, en tanto que «la exigencia de permitir a las Comunidades Autónomas un margen suficiente para ejercer su competencia de desarrollo legislativo de la normativa básica se predica del conjunto de la materia [...], no de aspectos concretos de la misma» (STC 64/2017, de 25 de mayo, FJ 5).

¹⁰ Por más que el Tribunal sí haya renunciado a que, en relación con todas las materias (y submaterias), ese contenido básico deba de responder a unos mismos lineamientos. Así, ha llegado a admitir que las bases puedan tener un alcance diferente en función del subsector de la materia sobre la que se proyecten e, incluso, sobre el territorio (entre otras, SSTC 50/1990, de 6 de abril; 147/1991, de 4 de julio; 31/2010, de 28 de junio; 148/2012; 184/2012, de 17 de octubre; 214/2012, de 14 de noviembre; 146/2013, de 11 de julio; 40/2014, de 11 de marzo).

de manera inexorable del propio texto constitucional, ya que lo que sea básico no puede quedar completamente al albur de lo que decida un poder constituido, que, precisamente, por ser tal, no puede privar de sentido a una decisión tomada por el poder constituyente. Al Estado, en efecto, podrá reconocérsele —como ha hecho el Tribunal Constitucional—, un amplio margen de decisión para la determinación del alcance de la competencia básica que tiene constitucionalmente reconocida¹¹ (aunque también esto, según los casos, podrá ser objeto de crítica), pero lo que nunca podrá aceptarse (so riesgo de privar de valor normativo al texto constitucional) es que en la definición de dicho alcance de *lo básico* carezca aquel, el Estado, de límites¹², pues —insisto— si así fuera, implícitamente estaríamos asumiendo que podría no existir ninguna diferencia entre aquellos títulos competenciales que atribuyen al Estado la competencia exclusiva para la regulación completa de ciertas materias (por ejemplo, la nacionalidad, la inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo: art. 149.1.2.^a CE) y aquellos otros que solo le reconocen la competencia (también exclusiva, pero no completa) para la regulación básica de otras materias (como, por ejemplo, la legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias: art. 149.1.23.^a CE). Resulta evidente que entre unos y otros títulos competenciales ha de haber (cierta) distancia, si es que no queremos que la apelación a *lo básico* (en sus distintas acepciones: «bases», «legislación básica», «normas básicas» y «condiciones básicas»¹³) carezca de significado alguno, hasta el punto de que el Estado, en ejercicio de una competencia básica, pueda hacer lo mismo que cuando ejerce una competencia no caracterizada así.

Sin perjuicio de mantener a lo largo del tiempo esta concepción material de *lo básico* (bien es cierto que no siempre entendiéndola del mismo modo¹⁴), pronto el

¹¹ De «espacio de autodeterminación que corresponde a las instituciones generales del Estado —por haberlo querido así la Constitución— en la identificación de lo que se haya de tener por “básico” en cada sector material», habla Javier Jiménez Campo, «¿Qué es *lo básico*?...», p. 43.

¹² Joaquín García Morillo, «La versatilidad de lo básico», *RAP*, 139, 1996, pp. 129 y ss., así lo entiende también: «el legislador tiene acotado, a la hora de definir lo básico, su campo de actuación, aunque este le ofrezca opciones diversas y lo básico sea, por tanto, variable en razón de las circunstancias y las decisiones; dicho de otro modo, la libertad de opción del legislador viene, cuando de definir lo básico se trata, condicionada por el propio carácter de lo básico [...]. En suma, lo básico es variable y alterable, pero no lo es sin límite».

¹³ Esta diversidad terminológica, que admitía una interpretación igualmente diversa, en el sentido de que bajo cada una de las expresiones se estaría haciendo referencia a una diferente competencia básica del Estado, fue, desde un principio, ignorada por el Tribunal Constitucional, que ya en su Sentencia 32/1981, de 28 de julio (FJ 6), interpretó que todas esas expresiones se refieren a una misma realidad.

Por su parte, Javier Jiménez Campo, «¿Qué es *lo básico*?...», pp. 70 y ss., aunque considera que «[l]a diferenciación formal [...] entre competencias para adoptar la *legislación básica* y para dictar *normas básicas* no tiene más asidero que el puramente literal», sí cree, sin embargo, que hubiera sido constitucionalmente posible hacer una distinción entre la competencia que habilita para dictar «bases» y las competencias para la legislación y la normación básica, en tanto que la misma «se establecería no ya en el seno de una misma función, sino entre funciones —normativas y ejecutivas— diversas». Pero no fue esta, como hemos visto, la opción del Tribunal Constitucional.

¹⁴ Lo que, en buena medida, se deriva de la complejidad que tiene llevar a cabo una identificación de lo que sea «básico». El Tribunal Constitucional así lo ha reconocido, al afirmar que «la dilucidación de qué aspectos de una regulación deben considerarse básicos y cuáles propios de una legislación de desarrollo es, sin duda, una operación compleja, en la que resulta necesario ponderar diversos elementos, como la natura-

propio Tribunal Constitucional se referirá también a una concepción formal de esta competencia estatal. Así, en la STC 1/1982, de 28 de enero (FJ 1), establecerá una doble exigencia formal de *lo básico*: que el establecimiento de la regulación básica se lleve a cabo a través de ley formal, pues este es el tipo de norma que mejor se corresponde con el carácter fundamental y general de las bases, y lo que dotaría a estas de una mayor estabilidad; y que esas leyes básicas declaren de manera explícita el carácter básico de sus preceptos o que, al menos, estos tengan una estructura que permita deducir, sin especiales dificultades, tal carácter¹⁵.

Si bien el constituyente no precisó cuál es el alcance —ni general, ni en cada caso concreto— de la competencia básica que, en diferentes subapartados, atribuye al Estado el art. 149.1 CE, cosa que, pese a sus esfuerzos, tampoco ha logrado hacer el Tribunal Constitucional, tratando de sortear, sin demasiado éxito, el bucle de la tautología¹⁶ (que, llevado al extremo, se podría resumir en la expresión: «*lo básico es lo básico*»), lo cierto es que el Tribunal sí ha apuntado, en repetidas ocasiones, a la idea de que la razón de por qué la Constitución atribuye al Estado dicha competencia no es otra que la de garantizar una regulación normativa uniforme u homogénea en todo el territorio del Estado, pues no en vano *lo básico* es también *lo común*. Dicho más simplificada-mente, parece que el Tribunal, con buen tino, apunta hacia una idea que, sin especiales dificultades, se deriva del todo constitucional: la de la unidad del Estado (y sus estrechas conexiones con el principio de igualdad de todos los españoles o con la defensa del interés general, entre otros)¹⁷.

leza de la materia que se regula o la mayor o menor necesidad de una regulación uniforme de sus diversos aspectos en todo el territorio nacional» (STC 86/1989, de 11 de mayo, FJ 2; en el mismo sentido, STC 141/1993, de 22 de abril, FJ 5).

¹⁵ Posteriormente, en la STC 69/1988, de 19 de abril, el Tribunal afirma, con toda claridad, que aun «manteniendo el concepto material de lo básico como núcleo sustancial de la doctrina de este Tribunal, procede exigir con mayor rigor la condición formal de que la “norma básica” venga incluida en Ley votada en Cortes que designe expresamente su carácter de básica o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad, debiendo también cumplirse esta condición en el supuesto excepcional de que la norma básica se introduzca por el Gobierno de la Nación en ejercicio de su potestad de reglamento» (FJ 6). En el mismo sentido, SSTC 80/1988, FJ 5; 15/1989, FJ 3, entre otras muchas.

¹⁶ A lo que ya se refirieron, en su momento, Francisco Rubio Llorente, «El bloque de constitucionalidad», y J. Jiménez Campo, ¿Qué es *lo básico*?..., trabajos ambos incluidos en el núm. 27 de la REDC (pp. 30 y 41, respectivamente).

¹⁷ Con meridiana claridad lo expresó el Tribunal Constitucional en su temprana STC 25/1983, de 7 de abril: «Por “principios”, “bases” y “directrices” hay que entender los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica, que deben ser comunes a todo el Estado. Por ello, la mencionada idea posee un sentido positivo y otro negativo: el sentido positivo manifiesta los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros; en sentido negativo, por la misma razón, constituye el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, cuando, aun definiéndose éstas como exclusivas, la Constitución y el Estatuto las dejan así limitadas» (FJ 4). En esta misma línea, el Tribunal ha sostenido que las bases constituyen «el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de constitucionalidad que establecen la distribución de competencias» (STC 48/1988, de 22 de marzo, FJ 3).

Javier Jiménez Campo, ¿Qué es *lo básico*?..., p. 61, también lo pone de relieve con claridad: «Definir lo que sea básico es afirmar lo que los intereses generales (nacionales) demandan como regulación uniforme en

Eso no quiere decir, naturalmente, que el «común denominador normativo» que aportaría la regulación básica de una materia por parte del Estado pueda privar a las Comunidades autónomas de todo margen (más o menos amplio) para establecer su propia regulación y/o ejecución de esa misma materia en ejercicio de su correspondiente competencia de desarrollo¹⁸. Muy al contrario, nuestra forma territorial de Estado se caracteriza precisamente por mantener un equilibrio entre los principios de unidad y autonomía, como el propio Tribunal se ha encargado de señalar en repetidas ocasiones. La concreción de ese equilibrio, es cierto, está sujeta a los vaivenes propios de la actividad política, lo que provoca que, en ocasiones, se refuercen los elementos unitarios sobre los autonómicos y que otras veces sean estos últimos los que se vean más protegidos (o potenciados) frente a los primeros. Lo que parece claro, en todo caso, es que el Estado autonómico español se desenvuelve dentro de los amplios márgenes de ese campo de juego. Y es precisamente ahí en donde hay que entender que *lo básico*, por más que mire de frente al principio de unidad del Estado, tampoco puede perder de vista las exigencias que se derivan del otro principio estructurador de nuestra organización territorial del poder, el principio autonómico. Eso, aunque no sea mucho decir, permite concluir, al menos, que el Estado, al ejercer su competencia básica, no puede establecer un régimen completamente uniforme de una materia o ámbito material¹⁹, porque de hacerlo así estaría contrariando un deseo del constituyente plasmado, de manera expresa, en el texto constitucional, correspondiendo al Tribunal Constitucional, en tanto que intérprete máximo de la Constitución, controlar que ello no suceda.

Con todo, y por terminar con este argumento, me parece importante retener esta idea: la atribución al Estado de las competencias básicas responde a la voluntad del

ciertos ámbitos, y esta determinación debe ser adoptada, en un principio, por el órgano de la representación nacional o, en su caso, por aquel que es ante ella políticamente responsable».

¹⁸ Así lo ha precisado, desde muy pronto, el Tribunal, que, de conformidad con su entendimiento material de las bases, ha concebido la regulación básica como «una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia» (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1).

¹⁹ Ya en la STC 32/1981, de 28 de julio, en relación con las entidades locales (que se engloba bajo la competencia estatal sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas: art. 149.1.18.^a CE) se dejó constancia de todo ello en los términos siguientes: «La fijación de [l]as condiciones básicas no puede implicar en ningún caso el establecimiento de un régimen uniforme para todas las entidades locales de todo el Estado, sino que debe permitir opciones diversas, ya que la potestad normativa de las Comunidades Autónomas no es en estos supuestos de carácter reglamentario. En el respeto de esas condiciones básicas, por tanto, las Comunidades Autónomas podrán legislar libremente. Esta es la interpretación que debe darse al art. 149.1.18.^a de la Constitución y el art. 9.8, del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que a él se remite; interpretación que, por lo demás, es la única compatible con el tenor literal de tales preceptos y la que, desde otra perspectiva, permite armonizar los principios de unidad y autonomía que la Constitución consagra (arts. 2 y 137). Ciertamente no será siempre fácil la determinación de qué es lo que haya de entenderse por regulación de las condiciones básicas o establecimiento de las bases del régimen jurídico, y parece imposible la definición precisa y apriorística de ese concepto. Las Cortes deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, y en caso necesario será este Tribunal el competente para decirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC)» (FJ 5).

constituyente de que haya determinadas materias que tengan una regulación uniforme u homogénea en todo el Estado (aunque después las distintas Comunidades autónomas puedan, en ejercicio de su competencia de desarrollo, establecer sus propias peculiaridades o singularidades, como reflejo de su autonomía política). *Lo básico*, conviene de nuevo recordarlo, es también *lo común*.

En otro orden de cosas, la pretensión de dotar de cierta estabilidad a las bases estatales parece que se corresponde con un correcto entendimiento de lo que estas significan, en la medida en que a través de su concreción el Estado y, en último término, el Tribunal Constitucional, están afectando seriamente a una función típicamente constitucional, cual es la relativa a la distribución del poder público entre el Estado central y las Comunidades autónomas. Es cierto que la Constitución cumple con esa función al atribuir parte importante de ese poder público, en forma de competencias, al Estado, lo que se ve complementado por otras normas que cumplen asimismo una función característicamente constitucional, los Estatutos de autonomía, en tanto que es a través de ellos como las Comunidades autónomas nacen a la vida jurídico-política, asumiendo (igualmente en forma de competencias) otra parte de ese poder público.

A este respecto, se ha de tener en cuenta que la regulación básica que apruebe el Estado, en ejercicio de las competencias que, a tal efecto, tiene atribuidas, inevitablemente va a condicionar el alcance de las competencias autonómicas²⁰. Es decir, si bien es verdad que la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas se completa con el juego del binomio Constitución-Estatutos de autonomía, no es menos cierto que la delimitación del alcance de esas competencias (tanto de las estatales como de las autonómicas) se hace depender, en el caso de la técnica legislativa a la que nos venimos refiriendo (bases-desarrollo: competencias compartidas), de una decisión del legislador estatal, que no siendo libérrima, en tanto que puede ser controlada por el Tribunal Constitucional, sí goza, sin embargo, de un amplio margen de maniobra, precisamente porque el propio Tribunal Constitucional así lo ha querido (a partir, lógicamente, de una determinada interpretación de la Constitución, que no resulta, en todo caso, indiscutible)²¹.

²⁰ Así lo reconoce expresamente Javier Jiménez Campo, «¿Qué es *lo básico*?...», p. 84: «Las reglas estatales básicas condicionan o limitan —dígase como se quiera— el contenido de las autonómicas, que son, justamente por ello, “disposiciones de desarrollo”».

Más recientemente, Pedro Ibáñez Buil, *Recurso de inconstitucionalidad y delimitación de competencias*, CEPC, Madrid, 2023, p. 242, ha insistido en la misma idea: «Es cierto que la función de las bases no es definir las competencias autonómicas en cada caso o ámbito material concretos, pero es inevitable que al perfilar lo básico en cada materia y, por tanto, los ámbitos que el Estado se reserva en tanto que, a su juicio, necesarios para garantizar una regulación uniforme, esté indirecta e implícitamente delimitando el ámbito a disposición de las Comunidades Autónomas».

²¹ Que la determinación, en cada momento, del alcance de *lo básico* corresponde, en exclusiva, al Estado, y que este lo puede hacer —preferentemente, a través de ley formal; en su caso, por medio de norma reglamentaria; y, excepcionalmente, mediante meros actos de ejecución o aplicación— dentro unos márgenes muy amplios, aunque no ilimitados (que el Tribunal Constitucional, en todo caso, podrá controlar) es algo que el propio Tribunal nunca ha puesto en cuestión. Es más, esta premisa es la que le ha llevado a negar la posibilidad de que vía reforma estatutaria se pueda interpretar el alcance de las competencias reconocidas al Estado en el art. 149.1 CE (tanto desde un punto de vista funcional como material), tal y como se pretendió con la reforma del *Estatut de Catalunya* en 2006, con el conocido como «blindaje competencial». En la

No obstante, esa pretensión de dotar de estabilidad a *lo básico*, a que hacíamos referencia con anterioridad, no siempre resulta fácil de conjugar con otra línea jurisprudencial abierta por el propio Tribunal Constitucional, que explícitamente ha calificado como «nuestra doctrina sobre la variabilidad de las bases»²², en virtud de la cual, sin renunciar a la pretensión anterior [«las bases, por su propia esencia, tienen vocación de estabilidad» (STC 18/2011, de 3 de marzo, FJ 14)], cabe entender que dichas bases «en ningún caso son inamovibles ni puede predicarse de ellas la petrificación, incompatible no sólo con el talante evolutivo del Derecho, sino con el propio dinamismo del sector de la economía en el cual se insertan (STC 135/1992, fundamento jurídico 2)» (STC 133/1997, de 16 de julio, FJ 8). De lo que cabe deducir que «corresponde en cada momento al legislador estatal establecer las bases en cada materia respetando el orden constitucional de reparto de competencias sin que este Tribunal pueda entrar a valorar la idoneidad de la opción adoptada, en este caso por el Gobierno del Estado» (STC 24/2013, de 31 de enero, FJ 6)²³.

De este modo, el Tribunal Constitucional, en esta última sentencia citada, y de manera ciertamente imprecisa, parece que llega a afirmar una cosa y su contrario: i) que «corresponde en cada momento al legislador estatal establecer las bases de cada materia»; ii) que esto ha de hacerlo —como es lógico— «respetando el orden constitucional de reparto de competencias»; y iii), que no puede entrar (el propio Tribunal) «a valorar la idoneidad de la opción adoptada» (por el Estado).

¿Cómo se ha de entender esto que, a primera vista, resulta tan contradictorio? Pues bien, creo que la única forma posible de entenderlo es la siguiente: el Tribunal Constitucional asume que la determinación o concreción de las bases de una determinada materia incumbe al Estado, y que esa decisión estatal, con el paso del tiempo, o en función de otras circunstancias, puede cambiar (porque lo que se pueda entender por «básico» no es algo fijo o inmutable). Esas decisiones estatales (la primigenia y las que vengan después) en la concreción de *lo básico*, han de ser respetadas por el Tribunal Constitucional, pues incumbe al Estado (no al Tribunal Constitucional) decidir, en cada momento, cuáles son las bases de una determinada materia. Ahora bien, eso no

STC 31/2010, de 28 de junio, se negó, en efecto, la posibilidad de entender que un Estatuto de autonomía es una norma adecuada para determinar el alcance de las bases estatales. La opción contraria hubiera supuesto, en primer lugar, negar a las bases su carácter de mínimo común denominador normativo en el conjunto del Estado, y, en segundo término, privar al legislador estatal (ordinario) de la posibilidad de determinar por sí solo, en cada momento, el alcance de *lo básico*, atendiendo a las variables circunstancias sociales, políticas, económicas, medioambientales, etc.

²² Entre otras, *vid.* SSTC 24/2013, de 31 de enero, FJ 6; y 96/2018, de 19 de septiembre, FJ 3a.

²³ Un estudio doctrinal que se puede considerar referente a este respecto es el ya citado de Joaquín García Morillo, «La versatilidad de lo básico», *RAP*, 139, 1996. Para su autor, «es obvio que las circunstancias cambian, y que aparecen realidades nuevas, o perspectivas innovadoras de fenómenos preexistentes, que impelen a modificar la noción del campo de lo básico» (p. 127). No obstante, también resalta la importancia que tiene para nuestro reparto de competencias la estabilidad de los parámetros de definición de *lo básico* que en cada caso utilice el Tribunal Constitucional y la congruencia interna —esto es, entre el razonamiento y la conclusión— en su utilización, ya que la alteración de esos parámetros produce el pernicioso efecto de difuminar los ámbitos competenciales hasta hacerlos, en la práctica, no solo indefinibles, sino también imprevisible (pp. 137 y ss.).

puede querer decir que el Tribunal Constitucional no está habilitado para controlar la constitucionalidad de esa decisión. Sin duda, eso es lo que se deriva de la condición que el propio Tribunal impone al Estado (y que, en realidad, proviene directamente de la propia Constitución), a saber: la necesidad de respetar el orden constitucional de reparto de competencias. Porque *lo básico*, ya lo hemos señalado, no es un concepto vacío de todo significado que el legislador estatal, en cada momento, pueda rellenar a su «antojo». Si así se aceptase, estaríamos convirtiendo, contra toda lógica constitucional, al legislador estatal en constituyente, en la medida en que podría, nada menos, que determinar, ilimitadamente, el alcance de su propio poder público (esto es, de sus competencias). Y como eso repugna todo entendimiento posible del orden constitucional, no queda otro remedio que aceptar que no es eso lo que el supremo intérprete de la Constitución ha querido decir.

Sí podemos aceptar, sin embargo, que el Tribunal Constitucional haya querido otorgar al Estado un amplio (o amplísimo) margen de actuación en la determinación de *lo básico*, en cada momento, pero resulta inaceptable la idea de que la decisión que el Estado adopte a ese respecto no sea fiscalizable por el Tribunal Constitucional. Evidentemente, no corresponde al Tribunal controlar la oportunidad o conveniencia política de la decisión estatal, pero sí le incumbe, y no puede renunciar a ello cuando sea requerido, controlar que esa decisión, una vez adoptada, se mueve dentro de los márgenes constitucionales, por más amplios que estos puedan ser cuando hablamos de algo tan difícil de determinar (en abstracto y para siempre) como es *lo básico*²⁴.

Así pues, pese a la tensa relación en que se encuentran los dos principios, cabría entender, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, que *lo básico* tiene vocación de estabilidad, lo que, sin embargo, no impide reconocer su variabilidad. Corresponde, en cada momento, al Estado concretar hasta dónde llega (o quiere llegar con el ejercicio de) esta competencia que la Constitución le atribuye. Tomada la decisión, lo deseable sería que la misma perdurase a lo largo del tiempo, pues, entre otras muchas, razones de seguridad jurídica así lo aconsejan, sobre todo, teniendo en cuenta que esa determinación estatal del alcance de *lo básico* va a condicionar inevitablemente el alcance de las competencias autonómicas. Aunque sea una decisión que incumbe adoptar al legislador estatal, porque así lo ha querido el constituyente, lo cierto es que se trata de una decisión que tiene una relevancia que no se puede exagerar, en la medida en que contribuye a concretar una tarea que, idealmente, debería haber sido realizada por el propio constituyente, ya que de lo que estamos hablando, como se ha apuntado anteriormente, no es de otra cosa que del reparto del poder público entre distintos niveles de gobierno. Algo que, sobra recordarlo, en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno decidió, con mayor determinación, el propio constituyente (originario o constituido).

²⁴ Una vez más, Javier Jiménez Campo, «¿Qué es *lo básico*?...», pp. 67 y ss., lo expresa con nitidez: «La definición expresa de las bases es un imperativo constitucional, y comporta siempre una libertad de opción [del Estado] que solo será inválida si depara la eliminación, haciéndola irreconocible, de la competencia autonómica de desarrollo. Competencia que, si aquella definición no existe, podrá ejercerse, a su vez, sin más límite que el impuesto por los mínimos de uniformidad normativa que la unidad requiere».

Otra muestra de la permisibilidad —si se puede expresar así— con que el Tribunal Constitucional ha fiscalizado el uso que el Estado ha hecho de su competencia básica se pone de relieve en la aceptación de que esta pueda ejercerse no solo a través del legislador, por medio de ley formal, sino también del Gobierno, en ejercicio de su potestad reglamentaria, e, incluso, mediante meros actos de aplicación y ejecución. Esta doctrina, que arranca desde temprano²⁵, se resume muy bien en el párrafo siguiente, extractado de la STC 99/2022, de 13 de julio:

«Como excepción a dicho principio de ley formal, hemos admitido también que “el Gobierno de la Nación pueda hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por decreto alguno de los aspectos básicos de una materia, cuando resulten, por la competencia de esta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases” (STC 69/1988, FJ 3, seguida de otras muchas). Y, también como excepción, hemos afirmado que igualmente es posible predicar el carácter básico de ciertos actos de ejecución del Estado (entre otras, STC 235/1999, de 16 de diciembre, FJ 15). Dejando de lado ahora esta última posibilidad [...], debe recordarse que la regulación reglamentaria de materias básicas por parte del Gobierno resultaría acorde con los preceptos constitucionales “si, primeramente, resultara de una habilitación legal, y, en segundo lugar, si su rango reglamentario viniera justificado por tratarse de materias cuya naturaleza exigiera un tratamiento para el que las normas legales resultaran inadecuadas por sus mismas características” (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 16, después confirmada, entre otras, por la STC 8/2012, de 18 de enero, FJ 6). Desde esta última perspectiva, la habilitación al Gobierno “quedaría justificada si la materia por su carácter marcadamente técnico es más propia del reglamento que de la ley” (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 24)» [FJ 3 c)].

De este modo, aunque, de conformidad con lo establecido por el Tribunal Constitucional en un principio, parece que se descarta la posibilidad de que el reglamento, dada su función complementaria, pueda establecer, por sí solo, qué es *lo básico*, en tanto que precisaría de la existencia de una ley previa que lo definiera de manera expresa, o de la que tácitamente se pudiera deducir tal determinación²⁶, no obstante, posteriormente, el Tribunal también ha aceptado que las bases puedan expresarse por medio de reglamento (SSTC 77/1985, de 27 de junio; 147/1991, de 4 de julio; y 244/1998, de 20 de diciembre). E, incluso, como se apuntaba, ha llegado a sostener que, aunque sea

²⁵ Ya en la STC 1/1982, de 28 de enero, el Tribunal señaló que «[d]ado el carácter fundamental y general de las normas básicas, el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la ley. Sin embargo, puede haber algunos supuestos en los que el Gobierno podrá hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Real Decreto y de modo complementario alguno de los aspectos básicos de una materia determinada» (FJ 1).

²⁶ En la STC 32/1983, de 28 de abril, se establece expresamente que lo que «no podrá hacer el Gobierno es definir en términos generales y por Real Decreto lo que es básico, pues es al legislador postconstitucional a quien corresponde establecer lo que entiende por bases de una materia, delimitando así lo que es competencia estatal y definiendo al mismo tiempo el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma su competencia de desarrollo legislativo».

de forma excepcional, puede haber meros actos de ejecución y aplicación básicos, «cuando por la naturaleza de la materia resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases» (SSTC 48 y 49/1988, de 22 de marzo; 196/1997, de 13 de noviembre; 235/1999, de 16 de diciembre; 31/2010, de 28 de junio; o 36/2017, de 1 de marzo).

En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, esta «preferencia de ley»²⁷ en la determinación de *lo básico* (SSTC 49/1988, de 22 de marzo, y 147/1991, de 4 de julio), no impide que el Gobierno, a través de normas reglamentarias e, incluso, de simples actos ejecutivos, pueda también contribuir a esa tarea, lo que, con argumentos que no se pueden despreciar, ha llegado a ser caracterizado de abusivo por parte de algunos sectores doctrinales²⁸, preocupados de que las Comunidades autónomas puedan quedar poco menos que desapoderadas de su competencia de desarrollo, estatutariamente asumida, pero —no lo olvidemos— con claro anclaje constitucional, en la medida en que toda atribución al Estado de una competencia de carácter básico llevada a cabo en el art. 149.1 CE, supone, implícitamente, una reserva a favor de las Comunidades autónoma de una competencia de desarrollo, que aquellas podrán asumir en su respectivo Estatuto de autonomía.

Esto último nos permite situar en sus debidos términos otra idea que se desprende de la jurisprudencia constitucional sobre *lo básico*, a saber: que si bien la legislación básica delimita inevitablemente el ámbito de actuación de las Comunidades autónomas, ello no puede ser un obstáculo para que estas, en ejercicio de sus competencias de desarrollo, puedan «regular la materia con arreglo a sus peculiaridades e intereses» (SSTC 49/1988, de 22 de marzo; 225/1993, de 8 de julio; y 197/1996, de 28 de noviembre). Es más, las Comunidades autónomas, en ausencia de normas básicas, pueden ejercer su competencia de desarrollo, lo que, a la postre, no es más que la negación de una relación de dependencia de las normas autonómicas de desarrollo respecto de las disposiciones estatales básicas. Incluso el Tribunal Constitucional ha

²⁷ Esta expresión es la empleada, reiteradamente, por J. Jiménez Campo en el trabajo mencionado: «¿Qué es *lo básico*?...», pp. 73 y ss.

²⁸ Valgan, por todas, las severas objeciones que, a tal efecto, llevan a cabo Francisco Caamaño Domínguez, «El abandono de lo “básico”: Estado autonómico y mitos fundacionales», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 12-13, 2000-2011; Xabier Arzoz Santisteban, «¿Reforma o abandono de la legislación básica como técnica de delimitación competencial?», *REAF*, 23, 2016; y José Antonio Montilla Martos, «La evolución de las competencias compartidas bases-desarrollo», *RDP*, 101, 2018. Este último centra, sobre todo, su crítica en la falta de congruencia del Tribunal Constitucional con la concepción formal de las bases que venía predicando; falta de congruencia que se consumaría, en su opinión, con la STC 31/2010, de 28 de junio. Lo que le lleva a afirmar, poniendo también el acento crítico en el alcance que el propio Tribunal ha dado a las llamadas competencias horizontales o transversales, que «la doctrina del Tribunal Constitucional ha mutado la naturaleza de las bases de Estado. La consecuencia política es la aminoración del espacio competencial autonómico y la evidente imposibilidad de desarrollar políticas propias en ejercicio de competencias compartidas» (pp. 579 y ss).

De manera más matizada, Pedro Ibáñez Buil, *Recurso de inconstitucionalidad...*, p. 255, ha sostenido que «en algunas ocasiones, ha podido detectarse un cierto abuso del Estado en su función constitucional de delimitación de lo básico puesto que ha caído en la tentación de realizar una regulación pormenorizada descendiendo a cuestiones de detalle difícilmente compatibles con el carácter que las bases ha atribuido la doctrina del Tribunal Constitucional».

sostenido que dicha normativa autonómica de desarrollo no tiene por qué limitarse a desarrollar los principios o directrices marcadas por el Estado en su normativa básica, como si se tratase de un mero reglamento de carácter ejecutivo; antes bien, las Comunidades autónomas podrán, a través de esta normativa de desarrollo, diseñar y poner en práctica sus preferencias políticas, en ejercicio de la autonomía política que tienen constitucionalmente reconocida. Y es que, como se señalaba, la competencia autonómica de desarrollo deriva directamente de la propia Constitución, aunque haya de ser asumida estatutariamente; es decir, su existencia no depende de una decisión del Estado (aunque su alcance sí se vea condicionado por el alcance que el Estado le dé a su propia competencia básica, disponiendo este, a tal efecto, de un amplio, pero no ilimitado, margen de maniobra).

III. El «defecto de *lo básico*»: a propósito de la STC 34/2023, de 18 de abril

Como hemos tenido oportunidad de ver en el epígrafe anterior, la abundante jurisprudencia constitucional sobre el alcance de *lo básico* se ha preocupado, entre otras cosas, de ofrecer algunas pautas interpretativas para limitar los posibles excesos que el Estado pueda cometer al hacer uso de los diversos títulos competenciales que, con este carácter, le reconoce el art. 149.1 CE. En el fondo, en parte de esa jurisprudencia, así como, sobre todo, entre la literatura científica, subyace la preocupación por evitar que las Comunidades autónomas se puedan ver privadas o excesivamente constreñidas en el ejercicio de sus propias competencias de desarrollo, estatutariamente asumidas.

Pero, hasta el momento, no se había planteado (al menos, de manera tan directa y abierta) la preocupación contraria, esto es, que una ley estatal pueda ser considerada inconstitucional no por exceso en su regulación de *lo básico*, sino por «defecto», es decir, por incluir una regulación que no cubre lo que, desde un entendimiento material de *lo básico*, cabría considerar como tal.

Recientemente, sin embargo, esta cuestión ha entrado en el debate jurídico (bien es cierto que sin demasiado eco) con ocasión del recurso de inconstitucionalidad 1760-2021, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso en relación con la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (en adelante, LOE), que ha sido resuelto por la STC 34/2023, de 18 de abril (ponente: Ricardo Enríquez Sancho)²⁹.

²⁹ La sentencia cuenta con dos votos particulares: uno que formulan los magistrados Enrique Arnaldo Alcubilla, Concepción Espejel Jorquera y César Tolosa Tribiño, en el que exponen las razones por las que consideran que el recurso debió ser estimado en 3 aspectos concretos [(a) en cuanto a la previsión de la toma en consideración en exclusiva de la “voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo” en la matriculación de alumnos con necesidades educativas especiales (art. 74.2 LOE); b) en la prohibición de concertar educación diferenciada por sexos (disposición adicional vigesimoquinta); y c) en la regulación de la enseñanza de la religión (disposición adicional segunda)]; y otro concurrente que formula

Aunque son muchos los aspectos controvertidos, únicamente centraremos la atención en el último motivo de impugnación, cuya singularidad radica, como se apuntaba, en que es la «primera vez» —según reconoce el propio Tribunal Constitucional (FJ 9)— que se recurre una ley fundamentando su posible inconstitucionalidad en un «defecto de lo básico».

En este caso, el título competencial que está en juego es el previsto en el art. 149.1.30 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la «[r]egulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia».

En concreto, los diputados recurrentes alegan —según se resume en el Antecedente 1.g) de la sentencia— la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones de la LOE por «insuficiencia normativa» y «dejación de las competencias» del Estado en materia educativa (art. 149.1.30 CE). A tal efecto, entienden que el ejercicio por el Estado de las competencias reconocidas en el art. 149.1 es «necesario, no eventual» porque «la ponderación de lo que el interés nacional demanda no se ha dejado a la libre apreciación de los órganos estatales, sino que esa valoración ya ha sido hecha por la Constitución» en el art. 149.1. Y añaden que, aunque los órganos estatales gozan de cierto «margen de apreciación», sin embargo, «carecen de libertad para resolver si en determinados ámbitos [los señalados en el art. 149.1] ha de existir o no un derecho común». En su opinión, la «elasticidad y el carácter dinámico de lo básico tienen un límite. Aunque hasta ahora solo se ha preocupado el Tribunal de fijar la frontera de lo máximo, esa elasticidad también tiene un límite mínimo» o de lo contrario el Estado podría «desmont[ar] el modelo constitucional de distribución de competencias».

A partir de estas consideraciones generales, los recurrentes cuestionan por insuficiencia normativa la regulación de una serie de materias llevada a cabo por el legislador estatal en ejercicio de las competencias que tiene atribuidas. En concreto, sostienen que con esta ley orgánica el Estado ha «abandonado» sus competencias sobre ordenación curricular para «diluirla en una suerte de competencia compartida con las comunidades autónomas»; lo mismo ha hecho al suprimir las evaluaciones finales conducentes a establecer criterios homogéneos (en primaria) o a la obtención de un título (en secundaria y bachillerato) y sustituirlas por evaluaciones de diagnóstico responsabilidad de las «administraciones educativas» sin criterios de evaluación comunes, pese a encontrarnos ante una competencia estatal exclusiva. Idéntico reproche se hace a aquellos preceptos de la LOE que regulan la consulta a las comunidades autónomas y el diseño exclusivamente básico de la prueba de acceso a la universidad, así como la evaluación general del sistema educativo, que también se hace ahora «en colaboración con las administraciones educativas», sin fijar parámetros homogéneos ni garantizar que la educación de los españoles se ejercite en condiciones de igualdad, cuando esta es una competencia que solo al Estado corresponde. Finalmente, también se reprocha la

la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, en relación con el tratamiento que hace el fundamento jurídico 5 de la sentencia sobre la educación diferenciada por sexos.

regulación sobre las competencias de la alta inspección, en tanto que «vacía de contenido» las funciones de esta.

En consecuencia, concluyen los diputados recurrentes, una lectura conjunta de todos estos preceptos evidencia que la competencia exclusiva en materia de educación ha desaparecido, convirtiéndose en una suerte de competencia compartida, lo que vulnera los preceptos constitucionales que atribuyen esas competencias al Estado.

Frente a estas alegaciones, el Tribunal ofrece una respuesta que podríamos calificar de «ortodoxa», en la medida en que se limita a recordar que —de conformidad con doctrina bien asentada (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 22)— las competencias son «indisponibles e irrenunciables» y que «existen ciertas normas mínimas que el legislador básico no puede desconocer, singularmente cuando de derechos constitucionales se trata», pues este es el principio que cabe extraer de los precedentes que este Tribunal ha fijado sobre la inconstitucionalidad por omisión: «la inactividad o el silencio del legislador no pueden bloquear mandatos o derechos que con eficacia inmediata y directa establece la Constitución, tanto para particulares como para entes públicos, como es el “derecho a la autonomía” y a la gestión de sus propios intereses de las CCAA una vez constituidas (arts. 2 y 137 CE)» (FJ 9c).

Pese a su extensión, merece la pena que reproduzcamos lo que el Tribunal afirma acto seguido, pues es lo que más importa a nuestros efectos:

«[...] la asunción del concepto material de las bases invocado aquí por los recurrentes no llevó al Tribunal a asumir la tarea de fijar esas bases, sino a deducirlas “racionalmente de la legislación vigente” [...]. Porque más allá de derechos o mandatos constitucionales con eficacia jurídica inmediata y plena, no corresponde a este tribunal la función de crear Derecho, sino a los parlamentos democráticamente elegidos y políticamente responsables ante el electorado, y en concreto a las Cortes Generales, como “representante en cada momento histórico de la soberanía popular” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7). Por eso hemos dicho que “es al Estado a quien corresponde, en el ejercicio de su competencia [...] realizar la concreción de lo básico con el margen de apreciación y oportunidad política que ello supone” y que “goza de completa libertad para establecer con carácter general las bases de una determinada materia, sin que su acción legislativa en este extremo, plasmación de una legítima opción política, pueda ser fiscalizada por este Tribunal Constitucional, que no es un juez de la oportunidad, salvo que traspase los límites que para esa acción legislativa resulten del bloque de la constitucionalidad” (SSTC 1/2003, de 16 de enero, FJ 8; 181/2012, de 15 de octubre, FJ 5, y 191/2012, de 29 de octubre, FJ 5), como también hemos reconocido por este motivo la “variabilidad de las bases” (por todas, SSTC 24/2014, de 13 de febrero, FJ 6, y 96/2018, de 19 de septiembre, FJ 3, ambas en materia de educación). En definitiva, no corresponde a este tribunal fijar de una vez y para siempre las bases de una determinada materia, sino que es el legislador, por su experiencia de gestión y mandato democrático, el llamado a hacerlo pudiendo revisar así su decisión en virtud de consideraciones políticas o de oportunidad. La “ponderación de lo que el interés nacional demanda”, cuya fijación nos piden los recurrentes, corresponde en la distribución de poderes y com-

petencias efectuada por la Constitución a las Cortes Generales, con las excepciones antes señaladas».

En este párrafo, aparte de otras cosas ya conocidas, se contiene una afirmación tajante, formulada de modo casi apodíctico, que, si se analiza detenidamente, creo que tiene mucho de cierto, pero quizás también algo de falso. Sostiene el Tribunal, en efecto, y no es la primera vez que lo hace, que: i) el Estado goza de completa libertad para establecer con carácter general las bases de una determinada materia; ii) la acción legislativa del Estado a este respecto, plasmación de una legítima opción política, en principio, no puede ser fiscalizada por el Tribunal Constitucional, porque este no es un juez de la oportunidad; y iii) el Tribunal Constitucional solo podrá llevar a cabo tal fiscalización cuando el Estado traspase los límites que para esa acción legislativa resulten del bloque de la constitucionalidad.

Pues bien, es cierto que el Estado goza de una amplia libertad para establecer las bases de una materia (porque así se puede derivar de la Constitución y porque así lo ha decidido, por regla general, el Estado, con el beneplácito, en la mayor parte de las ocasiones, del Tribunal Constitucional), pero no lo es que esa libertad sea completa, sencillamente, porque si lo fuese el término «bases» (o «legislación básica» o «normas básicas» o «condiciones básicas») carecería de sentido constitucional alguno, en la medida, en que correspondería al propio Estado definirlo, sin limitaciones.

De igual modo, es cierto que la acción legislativa del Estado, concretando, en cada momento, el alcance de su competencia básica constitucionalmente atribuida, no es otra cosa que la plasmación normativa de una legítima opción política, que, en principio, no puede ser controlada por el Tribunal Constitucional, dado que este no es juez de la oportunidad, pero tampoco se puede ignorar que como sí es (el único) juez de la constitucionalidad, en todo caso, podrá (o, más bien, deberá) llevar a cabo ese control (fiscalización), cuando sea llamado a ello, a fin de comprobar si se han superado, o no, los límites que cabe derivar del bloque de la constitucionalidad.

Como se puede ver, el propio Tribunal está reconociendo, de manera explícita, que existen límites para el Estado a la hora de ejercer su competencia básica. Unos límites que, en primer lugar, se derivan de la propia Constitución, pero que parece que pueden ser más amplios, en tanto que el Tribunal no solo se está refiriendo al texto constitucional, en sentido estricto, sino, de manera más genérica, y que no queda del todo clara, al bloque de la constitucionalidad.

En definitiva, el Estado tiene límites a la hora de regular (o ejecutar) *lo básico*. La labor de concretarlos, como hemos visto en el epígrafe anterior, no es nada sencilla. Corresponde, en primer lugar, al Estado tomar la decisión a ese respecto, gozando, a tal efecto, de un amplio margen de maniobra. Pero incumbe al Tribunal Constitucional, en último término, determinar si se ha producido, o no, una extralimitación en la determinación de *lo básico* llevada a cabo por el Estado, cuando sea requerido para ello. Así lo viene haciendo el Tribunal Constitucional desde un principio, controlando que la regulación estatal no ha ido más allá de lo que cabe considerar materialmente básico, y que la legislación autonómica no ha invadido la competencia sobre *lo básico* que la Constitución atribuye al Estado y que este, en cada momento, concreta.

Hasta el recurso de inconstitucionalidad que dio lugar a la sentencia de la que nos venimos ocupando en este apartado (STC 34/2023), el Tribunal únicamente se había (pre)ocupado de controlar los «excesos» (estatales y autonómicos), tomando como punto de partida su entendimiento material (y formal) de *lo básico*. Sin embargo, con este recurso se le planteó la oportunidad de llevar a cabo un control de los «defectos» de la regulación básica estatal. El Tribunal, como hemos visto, no quiso entrar a fondo en la cuestión de fondo, y resolvió el recurso con apoyo en su tradicional doctrina sobre *lo básico*.

Pero la cuestión de fondo existe, y es esta: ¿Es posible, de conformidad con el «concepto material de *lo básico*» que el propio Tribunal ha mantenido a lo largo del tiempo, sostener que una regulación básica no cumple con los mínimos exigibles, que, entre otras cosas, vendrían requeridos por la necesidad de dotar de cierta uniformidad u homogeneidad a la regulación de una materia en todo el territorio del Estado, o que demandarían la satisfacción de los intereses generales, o, en fin, que derivarían del propio principio de unidad del Estado y de igualdad básica de todos los ciudadanos españoles? Y, en tal caso, ¿puede el Tribunal Constitucional controlar ese «defecto de *lo básico*», y con qué alcance?

Tal y como sabemos ya, la decisión del constituyente al atribuir al Estado las bases sobre una determinada materia no puede quedar completamente supeditada a lo que el propio Estado decida, pues, de lo contrario, el legislador estatal estaría actuando como constituyente. Si esos límites, más allá de la dificultad de definirlos, existen para evitar que el Estado vacíe de contenido las correspondientes competencias autonómicas de desarrollo, ¿qué impide entender que también existan para evitar una dispersión normativa que podría ser contraria al interés general o a la igualdad básica entre todos los españoles? Y es que no se puede perder de vista que la decisión del Estado al establecer las bases de una determinada materia afecta no solo a las Comunidades autónomas, en tanto que delimita su ámbito competencial, sino también a los propios ciudadanos, pues lo que sea básico (esto es, común) es algo que tiene sus consecuencias más allá de la distribución territorial del poder público, sobre todo si, como en el caso de la sentencia analizada, hablamos de normas básicas para el desarrollo de una disposición constitucional (el artículo 27 CE), en donde se contienen diversos preceptos relacionados con un derecho fundamental, el derecho a la educación.

Como es natural, la operación consistente en controlar el exceso de *lo básico* es muy diferente de aquella otra que consistiría en controlar su defecto. Mientras que, en el primer caso, hay una norma estatal con un determinado contenido que puede resultar excesivo, que es la que hay que fiscalizar (por más dificultades que ello tenga, dada la indefinición constitucional de *lo básico*), en el segundo, por el contrario, lo que hay es una omisión legislativa, cuyo eventual control plantea aún dificultades más serias³⁰. Y es que el Tribunal Constitucional, en su clásica (y ciertamente imprecisa, pero válida

³⁰ Sobre la compleja problemática asociada al control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, véase María Ángeles Ahumada Ruiz, «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», *RCEC*, 8, 1991; y Francisco Fernández Segado, *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas*, Estudios Constitucionales, 2, 2009.

a los efectos que aquí interesan) calificación como «legislador negativo», puede —es su función más característica— declarar inconstitucional y nula una disposición legal ya existente, pero difícilmente puede hacer lo mismo con una regulación inexistente.

Merece, por eso, la pena que recordemos cuál es la doctrina constitucional sobre la inconstitucionalidad por omisión, que resume el Tribunal en la sentencia que nos ocupa (STC 34/2023, FJ 8 h):

«Según doctrina reiterada de este tribunal “la inconstitucionalidad de una norma por omisión solo puede entenderse producida cuando es la propia Constitución la que impone al legislador la necesidad de integrar su texto en aspectos no contemplados por ella” (SSTC 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 4, y 139/2016, de 21 de julio, FJ 10), o, en otros términos, “cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace” (SSTC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 3; 74/1987, de 25 de mayo, FJ 4; 87/1989, de 11 de mayo, FJ 2, y 159/2011, de 19 de octubre, FJ 5, entre otras). Más claramente aun dice la STC 98/1985, de 29 de julio, FJ 3, que “es obvio que no resulta posible deducir la inconstitucionalidad de una norma por no regular una determinada materia, salvo, como se ha dicho, que existiese un mandato constitucional expreso, dirigido además a tal norma y no a otra diferente”.

Ha de ser así porque la Constitución encomienda la función de crear Derecho a las Cortes Generales y parlamentos autonómicos (arts. 66.1 y 152.1) dado su origen y control democráticos, lo que impide al Tribunal Constitucional asumir “una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde” (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7; 273/2005, de 27 de octubre, FJ 8, y 126/2021, de 3 de junio, FJ 6). Como dijimos en la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6, “[e]l Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y solo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución”. De modo que en la arquitectura constitucional no es este tribunal quien debe dar respuesta positiva a las (supuestas) demandas de la sociedad. Esta tiene otros cauces y otros órganos para expresarlas. Por tanto, únicamente cuando la omisión del legislador sea equivalente a la negación de la eficacia directa y plena de un mandato o derecho concreto de la Constitución puede este tribunal apreciarlo así y declarar, o más bien reiterar, la eficacia de ese precepto constitucional silenciado o desconocido. Por decirlo en palabras de la STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 14: “[l]a objeción que se apunta en el recurso respecto de la función del Tribunal Constitucional, declarar la inconstitucionalidad de una norma por lo que en ella “no se regula”, supondría efectivamente invadir competencias legislativas. Completar lo regulado por la Ley [...] no es función que puede asumir este tribunal por corresponder al legislador”».

Si bien esta es la doctrina general, el propio Tribunal reconoce que «en algunos casos ciertas imprecisiones o silencios del legislador sí se han considerado contrarios a la Constitución». Y pone, entre otros, el ejemplo de la STC 74/1987, que «apreció la

inconstitucionalidad por omisión de la ley que limitaba el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete en diligencias policiales al caso del “extranjero que no comprenda o hable el castellano” efectuando una interpretación conforme del citado precepto legal para extender el derecho a los ciudadanos españoles que se hallasen en la misma situación, por ser ello una exigencia del artículo 24.1 de la Constitución»; o el de la STC 126/2021, que «efectuó también una interpretación conforme para colmar la laguna de un precepto penal que no establecía los límites máximo y mínimo de una pena en contra de las exigencias del derecho a la certeza y taxatividad de las penas derivado del art. 25.1 CE, por ser ello una exigencia de este precepto constitucional»; o, en fin, el de la STC 15/1982, de 23 de abril, que «reconoció la plena eficacia de derechos fundamentales cuyo ejercicio quedaba impedido por la ausencia de las previsiones legales necesarias para ello, como la objeción de conciencia al servicio militar del art. 30.2 CE antes de existir la regulación legal que reclama ese precepto».

Aunque, a primera vista, parece evidente que en el caso de la regulación básica que aquí nos ocupa la situación es muy diferente a la abordada en estas sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la inconstitucionalidad por omisión, sobre todo, en las últimas citadas, en las que lo que se persigue no es otra cosa que dar satisfacción a la necesidad de garantizar la eficacia de ciertos derechos fundamentales, lo cierto es que si nos fijamos detenidamente en la idea que se apunta en el primer párrafo reproducido, podríamos preguntarnos si la Constitución, cuando atribuye al Estado la regulación básica de una determinada materia, en realidad, no está, en cierto modo, imponiendo a este la necesidad de integrar su texto (el texto constitucional) en aspectos no contemplados por ella (la Constitución). Salvando las distancias, esa es la razón que se esconde detrás de aquellos supuestos, planteados, sobre todo, al inicio de la andadura constitucional, en los que la inactividad del legislador estatal fue salvada reconociendo la posibilidad de deducir las bases de la legislación preconstitucional, evitando así el bloqueo de la competencia autonómica de desarrollo (SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 6; 1/1982, de 28 de enero, FJ 1, y 64/1982, de 4 de noviembre, FJ 5).

Naturalmente, no es lo mismo la inactividad completa del legislador básico estatal que la aprobación, por parte de este, de una regulación básica que resulte claramente insuficiente para satisfacer lo que podría considerarse el contenido mínimo de lo que las bases exigen, a partir de un entendimiento de estas adecuado al orden constitucional. Sea como fuere, tanto en un caso como en el otro lo que resulta evidente es que el legislador básico estatal goza de un margen (más amplio, en el primer caso; menor, en el segundo) para poder o bien aprobar las bases con el alcance que considere oportuno o bien completar el alcance de estas (en ambos casos, siempre dentro de los límites constitucionales que, en último término, corresponderá definir al Tribunal Constitucional, si es que es requerido para ello).

Esa labor del legislador estatal básico, lógicamente, no podrá ser suplida por el Tribunal Constitucional. Ahora bien, lo que sí podrá hacer este es dejar constancia de ello, advirtiéndole de que en un determinado campo material la legislación básica estatal o bien no ha sido aún aprobada o bien la existente no agota el contenido de *lo básico*, despejando así la posible «ilusión» que pudiera albergar alguna comunidad autónoma

de que todo lo no regulado como básico por el Estado puede ser regulado por ellas en ejercicio de su competencia de desarrollo. Porque si el Estado tiene un límite al ejercer su competencia básica, las Comunidades autónomas también lo tienen al poner en práctica su correspondiente competencia de desarrollo. Es lo que cabe derivar del concepto material de *lo básico*, tal y como el Tribunal Constitucional lo ha venido entendiendo desde un principio.

IV. A modo de conclusión

El repaso de la doctrina constitucional sobre *lo básico* nos ha permitido ver con claridad que la determinación del alcance de la competencia estatal para establecer las bases de una materia navega, casi a ciegas, por un océano de oscuridades. Pese al esfuerzo realizado por el máximo intérprete de la Constitución, lo cierto es que seguimos sin saber, a ciencia cierta, qué es *lo básico*. Ha quedado más despejada, si acaso, la pregunta sobre a quién incumbe, en primer lugar, concretarlo, y a quién, en último término, fiscalizar esa decisión. El Estado, en efecto, ya sea a través de ley (preferentemente), de reglamento (de forma complementaria) o, incluso, de acto de aplicación o ejecución (excepcionalmente), es el responsable de concretar hasta dónde llega su competencia básica. A tal efecto dispone de un margen muy amplio, pero no ilimitado. Porque siempre le restará al Tribunal Constitucional, si es que se le solicita, decir la última palabra sobre el alcance de *lo básico*, pudiendo, en consecuencia, declarar inconstitucional una disposición normativa o un acto que el Estado hubiera declarado básico, pero que, por su contenido, excediera de tal alcance.

El entendimiento material de *lo básico* llevado a cabo por el Tribunal Constitucional desde un comienzo, así lo exige. Y la Constitución, con carácter previo, exige que *lo básico* sea entendido en sentido material (sin perjuicio de que también quepa —o, más bien, sea deseable— establecer condiciones formales para su determinación). La razón no es otra que la que proviene del propio carácter normativo de la Constitución: el constituyente decidió que la regulación y/o ejecución de determinadas materias debía corresponder tanto al Estado como a las Comunidades autónomas (que hubieran asumido esa competencia en sus respectivos Estatutos); el primero, en ejercicio de su competencia básica; las segundas, en ejercicio de sus competencias de desarrollo. Para que ello sea posible *lo básico* ha de tener algún contenido material, pues si su determinación quedase completamente al albur de lo que el Estado decidiera, sin limitación alguna, este, el Estado, estaría convirtiéndose entonces en una especie de prolongación del poder constituyente. Y eso, no es necesario insistir más en ello, no puede ser lo que haya querido el auténtico constituyente.

A partir de este inevitable entendimiento material de *lo básico* cabe, como se señalaba antes, que el Tribunal declare inconstitucional una regulación estatal porque se haya excedido de los (difusos, vagos, ambiguos, vaporosos..., pero no inexistentes) límites de *lo básico*, invadiendo, en consecuencia, el campo de las competencias de desarrollo que las Comunidades autónomas hayan asumido estatutariamente. El Estado, en definitiva, dispone de un amplio margen de libertad para definir el alcance máximo

de *lo básico*, pero no es ilimitado, de ahí que quepa el control constitucional de esa decisión estatal.

Todas estas ideas no son nuevas. Ya estaban apuntadas, de mejor manera y con indudable clarividencia, por Javier Jiménez Campo en el trabajo a que nos referíamos más arriba³¹. En las tesis 3.^a y 4.^a sobre las competencias normativas complementaria con que concluye dicho estudio se concentra el núcleo de lo señalado:

«3.^a La definición política de lo que, en cada sector concreto, sea básico no es inatacable en vía jurisdiccional, si bien no cabe desconocer, a este propósito, el margen o libertad de opción con que cuentan, para llevar a cabo esa definición, las instituciones generales del Estado. El límite de la normación básica se halla en el respeto de lo que en cada caso sea esencial o inexcusable para reconocer subsistente la competencia autonómica de “desarrollo” [...].

4.^a En ausencia de una precisa determinación política de lo que sea básico, las disposiciones autonómicas siguen condicionadas por el Derecho del Estado (siguen siendo ejercicio de una competencia de desarrollo). El límite de la autonomía sólo se podrá cifrar, entonces, en las exigencias mínimas que impone, para cada sector de la regulación, el principio constitucional de unidad».

Sí es nuevo, sin embargo, el problema que se plantea a raíz de la STC 34/2023, de 18 de abril, a la que antes nos hemos referido, en relación con la posible inconstitucionalidad «por defecto» de una disposición básica estatal. Aunque el Tribunal Constitucional lo ha despachado con cierta premura, amparándose en su tradicional doctrina sobre *lo básico* y la inconstitucionalidad por omisión, me parece, sin embargo, que el asunto tiene más enjundia. Tuve oportunidad de compartir esta preocupación, y parte de las ideas aquí simplemente esbozadas, con Javier Jiménez Campo en una afable conversación en su despacho. Me pareció que lo que le planteaba no le resultaba del todo extravagante, y, de hecho, mostró su preocupación, que comparto, porque el principio de igualdad, al que, de manera no menor, sirve también la determinación de *lo básico*, en tanto que también es *lo común*, no sufra demasiado por los «defectos» del legislador estatal. Ojalá haya ocasión de que nuestro homenajeado tome la palabra y, treinta y cinco años después, con su contrastada capacidad de discernimiento, nos vuelva a alumbrar en medio de esta nueva oscuridad básica.

³¹ Javier Jiménez Campo, «Qué es *lo básico*? Legislación compartida en el Estado autonómico», *REDC*, 27, 1989.

EL ESTADO EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER
Catedrático emérito de Derecho del Trabajo

I. El control de los compromisos asumidos por el Estado en convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos

La evolución de la protección internacional de los derechos humanos desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha dado lugar a tratados y acuerdos internacionales que reconocen esos derechos, creando la obligación de los Estados que los ratifiquen de incorporarlos a las normas de su propio ordenamiento. La vigilancia del respeto de esos derechos y del cumplimiento de esas obligaciones, materia propia del Derecho de los tratados, ha supuesto desde un primer momento la creación en el seno de organismos internacionales de sistemas de seguimiento o control de ese cumplimiento y los que tienen acceso personas u organizaciones afectadas por un incumplimiento.

Con el tiempo, estos organismos han pasado de sistemas *soft*, de mera advertencia o señalamiento de incumplimiento, a sistemas *hard* que pueden incluir formalmente condenas a los Estados y, en su caso, reconocimiento en favor de los perjudicados de la infracción de sus derechos fundamentales. Es el caso de la creación en el Consejo de Europa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con el Convenio Europeo, cuyo papel y funciones son sobradamente conocidos y que, tras su ampliación hacia los países europeos que estaban en la órbita soviética, ha evolucionado tanto en su accesibilidad como en el valor de sus decisiones, con un papel similar al de un tribunal constitucional.

El TEDH realiza materialmente un control «externo» de convencionalidad, lo que le ha permitido crear una extensa jurisprudencia sobre el alcance de ese Convenio, y ha podido fijar indemnizaciones para los afectados por incumplimientos nacionales del Convenio, pero sin que sus sentencias incidan directamente sobre la validez o eficacia de la norma nacional contraria al Convenio. Dicho control ha propiciado y fomentado a su vez la creación por los Estados de sistemas de control interno de convencionalidad para asegurar el respeto efectivo de los derechos reconocidos a las personas en tratados, especialmente en aquellos que consagren derechos humanos.

La conexión con la protección de los derechos humanos ha planteado si el órgano más adecuado para realizar ese control sería el órgano de justicia constitucional, que

entre sus principales tareas tiene la protección de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional. Así ha ocurrido en algunos Estados europeos, como en Italia, cuya Constitución acepta una concepción dualista según la cual el Derecho internacional y, en especial, el TEDH, no tienen efecto directo en su Derecho interno por lo que los jueces ordinarios no pueden aplicarlo directamente. La incompatibilidad entre una ley y una norma convencional sería entonces una cuestión de constitucionalidad que corresponde conocer a la Corte Constitucional, que verifica si existe un conflicto entre la ley y la norma convencional, sin que los jueces ordinarios puedan conocer de esta materia.

La negativa de diversos tribunales constitucionales nacionales, incluido el nuestro, a asumir esa tarea de control de convencionalidad por considerar que el incumplimiento de los tratados internacionales no tiene trascendencia constitucional ha abierto la posibilidad de que ese juicio de convencionalidad se encomiende a otros órganos, en general judiciales, habilitados así para la toma en cuenta y, en su caso, la aplicación preferente de las reglas de un tratado internacional ratificado por España que concedan derechos a los ciudadanos, y tengan efecto directo, en especial derechos humanos, y contengan normas que por su naturaleza y su contenido puedan calificarse de «autoaplicables». Si ello incluye las normas con rango de ley, se suprime el monopolio de los órganos de justicia constitucional sobre el control (constitucional) de la validez de las leyes.

Esa función de los jueces y tribunales ordinarios, calificada doctrinalmente de control de convencionalidad, se complementa con el control de legalidad y con el control de constitucionalidad, supone un control difuso de compatibilidad del Derecho interno con las normas de los tratados ratificados, un control que tiene su antecedente en el sistema jurídico de la Unión Europea, en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha establecido una jurisprudencia clara sobre la prevalencia de las normas autoaplicables de la Unión Europea sobre las normas internas, incluidas incluso las normas constitucionales. Este sistema hace de los jueces españoles jueces comunitarios o de la Unión, porque pueden aplicar directamente el Derecho comunitario y plantear ante el TJUE cuestiones prejudiciales, en las que este Tribunal se pronuncia no solo sobre la interpretación del Derecho de la Unión Europea sino también sobre la compatibilidad de éste con las normas españolas cuestionadas por esos jueces.

También la jurisprudencia del TEDH en las condenas a España ha ofrecido criterios y dado indicaciones a nuestros jueces y tribunales para que ellos mismos puedan examinar la compatibilidad de nuestra normativa y de nuestra práctica a las exigencias del CEDH¹.

¹ Un caso particular es el de la aplicación por el juez nacional de los instrumentos de la OIT, especialmente de sus Convenios que, en principio, solo crean efectos jurídicos en la medida en que los Estados miembros los ratifican, obligándose entonces a aplicar sus disposiciones, generalmente a través de la legislación. Existe un sistema de supervisión y control de la OIT que revisa en qué medida esos Estados están cumpliendo los Convenios, y que lleva no solo a examinar la compatibilidad de las reglas con el Convenio sino también las prácticas. Los Convenios de la OIT dejan margen a los Estados para su aplicación y, por ello, en la mayor parte de los casos no son susceptibles de aplicación directa. Por eso, no ha sido frecuente la

Esta función de nuestros jueces y tribunales puede tener su base constitucional en el art. 9.1 CE, que dispone que los ciudadanos y los poderes públicos (incluidos también los jueces y tribunales [STC 16/1982]) están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; en ese resto del ordenamiento jurídico se incluyen, de acuerdo al art. 96.1 CE, los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España².

Este precepto está inspirado en el art. 55 de la Constitución francesa, aunque no incluye, como el caso de Francia, la expresión «una autoridad superior a la de las leyes». Nuestra Constitución no establece expresamente en su art. 96 la primacía de la norma internacional sobre la norma interna cuando en un litigio la norma autoaplicable de un tratado internacional entre en conflicto con la ley interna aplicable. Sin embargo, esos tratados válidamente ratificados por España, además de estar subordinados a la Constitución, tienen fuerza vinculante a partir de su publicación, de acuerdo con la STC 138/1989 y la Decisión 1/1992, y su fuerza normativa es superior a la de las leyes, lo que impide que una ley interna pueda justificar el no respeto de la previsiones del tratado que tendrán primacía en el momento de su aplicación sobre las disposiciones internas, incluidas las contenidas en una ley (STC 49/1988 y 26/1991).

Esa función vinculante inmediata en caso de conflicto con el Derecho interno no había sido aplicada con rigor al haberse examinado la posición constitucional del Convenio a la luz del art. 10.2 CE, que establece, respecto a las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales y libertades, que se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España. Como nos dice López Guerra «en la práctica ha sido este artículo constitucional y no el artículo 96 CE el que ha guiado la actuación de los tribunales españoles (especialmente del Tribunal Constitucional) a la hora de decidir sobre el rango de las normas convencionales sobre derechos humanos, sobre la resolución de los posibles conflictos entre derecho convencional y derecho interno, y sobre los órganos jurisdiccionales competentes para decidir sobre tales conflictos»³.

aplicación por los tribunales de esos Convenios como fuentes del ordenamiento jurídico interno. Sobre la aplicación por nuestros jueces y tribunales, en especial los del orden social, de los instrumentos de la OIT, *vid.* José Luis Gil y Gil, «La aplicación por el juez nacional de los instrumentos de la OIT», *RGDTSS*, 59 (2021), pp. 27 y ss., que cita ejemplos de invocación de normas de Convenios de la OIT por el propio Tribunal Constitucional, o para suplir la laguna de regulación del art. 38 ET en materia de vacaciones pagadas, en concreto el art. 7 del Convenio OIT núm. 132, sobre la remuneración durante el período de vacaciones. En materia de despido y para cuestionar la reforma de 2012, los tribunales han tratado de aplicar el Convenio OIT núm. 158 que impone un control judicial de dicha causa de despido que la reforma de 2012 suprimía al reducir el control judicial a comprobar la existencia de la causa, pero sin valorar la razonabilidad, proporcionalidad o adecuación de la medida empresarial, en contra de lo previsto en los arts. 4, 8 y 9 del Convenio OIT núm. 158.

² *Vid.*, por todos, el comentario exhaustivo de la problemática de este importante artículo, Paz Andrés Sáenz de Santa María, en *Comentarios a la Constitución Española*, dir. Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, María Emilia Casas Baamonde, BOE, Fundación Wolters Kluwer.

³ *Vid.* «Convencionalidad y constitucionalidad. Los casos de México y España», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie año XLX, núm. extraordinario 2019, p. 57.

En los últimos años, y no solo en España, se observa una tendencia a invocar ante los tribunales ordinarios disposiciones susceptibles de aplicación directa de esos Convenios que, en cuanto estén ratificados y publicados, forman parte de nuestro ordenamiento interno, y tienen, como es sabido, una jerarquía superior a las leyes, como ha confirmado, siguiendo jurisprudencia constitucional precedente, la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos internacionales. Con ello se consagra una función judicial de control de convencionalidad de las normas internas, incluidas las de rango constitucional, al contrario de otros sistemas europeos en los que el Tribunal Constitucional se ha reservado ese control, obligando a los jueces y tribunales a remitirle el asunto para que se pronuncie sobre esa compatibilidad.

Aunque el art. 96.1 CE establezca la aplicación directa de las reglas de los tratados que por su naturaleza y su contenido sean autoaplicables y no necesiten una recepción expresa a través de reglas internas, no ha regulado cómo se resuelve la posible colisión de una norma española con una norma de un tratado ratificado y publicado cuando ambas sean aplicables al caso. Tampoco dispone a qué órgano judicial le corresponde comprobar y decidir sobre la norma aplicable al caso, si la norma interna vigente o la norma del tratado, o sea, a quien corresponde garantizar la efectividad de las normas contenidas en tratados vigentes en España, dejando sin aplicar la norma interna que contradiga o incumpla el tratado, o sea realizar la función propia del llamado control de convencionalidad.

El Derecho comparado ofrece soluciones variadas sobre el alcance constitucional del incumplimiento de la norma de un tratado, particularmente cuando están en juego derechos fundamentales, y en especial cuando el contraste se produce con una norma de rango legislativo, materia de competencia propia del Tribunal Constitucional.

En España han existido discrepancias doctrinales sobre el alcance «constitucional» de la infracción por la norma española aplicable al caso de las reglas autoaplicables de un tratado internacional vigente en España y que, como se ha dicho, según el art. 96.1 CE, forman parte de nuestro ordenamiento y, en especial, se ha cuestionado si esa infracción tiene o no relevancia constitucional. Si la tuviera, el órgano judicial que conociera el caso habría de plantear una cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, que tendría la facultad de anular, y no simplemente de desplazar, la norma contraria a un tratado.

Ante esta laguna, en una materia perteneciente al bloque de constitucionalidad, corresponde ya sea a la jurisprudencia constitucional o al legislador orgánico dejar clara esta cuestión ante el silencio de la Constitución.

Sin embargo, ha sido una ley ordinaria, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, la que ha atribuido en su Capítulo IV esa tarea a los jueces y tribunales ordinarios, al regular la aplicación e interpretación de los tratados internacionales. Su art. 29 impone a todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado, el respeto de las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte, y de velar por su adecuado cumplimiento, reconoce la prevalencia de los tratados sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno, salvo las normas de rango constitucional, y establece que los tratados internacionales serán de aplicación directa, al menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación

no queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes. Esas reglas sobre la prevalencia y el valor de los tratados, muy inspiradas por el Convenio de Viena sobre los tratados (que no reconoce como justificación de un incumplimiento la existencia de una norma legal contraria al tratado), llenan una laguna constitucional, y de ellas puede deducirse la posibilidad de un control judicial difuso sobre la compatibilidad de una norma interna a aplicar con la norma de un tratado susceptible de aplicación judicial directa, y no solo en materia de derechos fundamentales, debiendo dar prevalencia a la norma del tratado sobre la norma interna que lo contradiga.

Desde una perspectiva constitucional es dudoso que una ley ordinaria cuyo objeto es sobre todo procedimental pueda imponer esa prevalencia normativa interna de la regla internacional justificando la aplicación de un tratado por la existencia de una disposición nacional interna contraria a lo dispuesto en el tratado. Por ello, podría cuestionarse si nuestro marco constitucional sería compatible con la aplicación judicial directa de normas de los tratados y la prevalencia de sus normas sobre las normas que contradigan o desconozcan los mandatos contenidos en el tratado, es decir, examinar la compatibilidad o el contraste entre la norma del tratado y la norma interna, una tarea que se ha calificado como de «control de convencionalidad». Este término de origen doctrinal fue utilizado inicialmente en Francia, y también, aunque con distinto alcance, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En España ya se había utilizado por el Consejo de Estado en el marco de procedimientos de elaboración de normas, al verificar la compatibilidad del proyecto normativo sometido a su consulta, ya sea con el Derecho de la Unión Europea o con el contenido de tratados internacionales, de acuerdo a lo previsto en el art. 96.1 CE⁴, un término que utiliza también la doctrina y la jurisprudencia, pero que ahora ha consagrado y «constitucionalizado» el Tribunal Constitucional, determinando las líneas generales de su alcance y atribución.

II. La STC 140/2018 y el reconocimiento constitucional del control de constitucionalidad

La STC 140/2018 ha conocido de un recurso de inconstitucionalidad formulado contra la LO 1/2014, la cual ha reducido el ámbito de la jurisdicción universal de los tribunales penales españoles, dejando fuera diversos supuestos sobre los que hasta ahora habían venido conociendo nuestros órganos judiciales penales. El recurso formulado por un grupo de parlamentarios había basado esa inconstitucionalidad invocando el art. 10.2 CE en relación con el art. 24.1 CE, además de otros preceptos constitucionales, en especial el art. 96 CE, y de algunos convenios internacionales.

⁴ En su Memoria anual de 1997, el Consejo de Estado hizo un análisis amplio del examen del control de convencionalidad en los dictámenes de los anteproyectos de ley sometidos a su consideración, verificando si el prelegislador o, en su caso, el que ejercita el poder reglamentario, ha tenido en cuenta el marco internacional, y más estrictamente las directivas de la Unión Europea que la norma proyectada trata de trasponer, desde la idea de la prevalencia de la fuente internacional, una cuestión que ha sido objeto de examen detenido, entre otros, en el dictamen 176/1977.

La STC 140/2018 ha entrado en el fondo del asunto y no ha considerado contraria a la Constitución esa reforma procesal porque ha estimado que la reducción del alcance en España del principio de la jurisdicción penal universal no es contraria al art. 10.2 CE en relación con el art. 24.1 CE, pues del Derecho universal de los derechos humanos no puede deducirse un concepto absoluto y obligatorio de universalidad de la jurisdicción penal. Para ello cita algunas sentencias constitucionales precedentes que habían reafirmado que ni de los tratados en la materia ni del CEDH se deduce un modelo único y universalmente válido de aplicación del principio de universalidad de la jurisdicción penal que impida a los Estados establecer límites a su alcance.

Los recurrentes habían alegado también que la Ley Orgánica 1/2014 vulneraba el art. 96 CE por haber alterado obligaciones derivadas de los tratados y convenios internacionales que habían sido ratificados por España. El Tribunal responde reiterando su jurisprudencia precedente, según la cual no puede ser canon de inconstitucionalidad el incumplimiento o contradicción por una reforma legal de tratados y convenios internacionales ratificados y publicados en España.

Esa declarada irrelevancia constitucional del incumplimiento por el legislador de una norma de un tratado y de la posible incompatibilidad entre la norma impugnada con los compromisos asumidos por el Estado en tratados o convenios internacionales, rebaja la cuestión, según la Sentencia, al plano de la mera legalidad, siendo, por ello, materia ajena a la competencia del propio Tribunal.

Ello confirma una jurisprudencia constitucional precedente de la negativa a examinar la constitucionalidad de una ley sobre la base de una contradicción con un tratado internacional. Así, en la STC 142/1993, el Tribunal Constitucional declaró que la mera contradicción de una ley y un tratado no implica que aquella sea contraria al art. 96.1 CE, pues esa contradicción no afecta a la constitucionalidad de aquélla, sino que solo es un problema de selección de la norma aplicable que corresponde a los órganos judiciales que conozcan del asunto, como ya había declarado la STC 28/1991, y que no corresponde al Tribunal Constitucional determinar la compatibilidad o no de un precepto legal con un tratado internacional, ni estos pueden erigirse en normas fundamentales y servir de criterios de constitucionalidad.

Por su parte, la STC 270/2015 ha declarado que la incorporación de un tratado al ordenamiento jurídico interno tras su ratificación y publicación oficial, no determina la supuesta vulneración del principio de jerarquía normativa porque este principio no es un canon idóneo para un enjuiciamiento de constitucionalidad, ya que no es una cuestión que afecte a la constitucionalidad de las leyes, sino un mero problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto cuya resolución corresponde a los órganos judiciales. La STC 270/2015 viene acompañada de un voto particular concurrente del Magistrado Xiol Rios, al que se adhieren la Magistrada Asua Batarrita y el Magistrado Valdés Dal-Re (ponente de la STC 140/2018), en el que se defiende que, aunque esa respuesta tenga precedentes en la jurisprudencia constitucional, debería ser sometida a una reconsideración más profunda por el Tribunal «para evitar situaciones paradójicas que se planteen en el ordenamiento jurídico español con el llamado control abstracto de convencionalidad de las leyes y respecto del que este Tribunal, como

máximo intérprete de la Constitución, deberá pronunciarse más fundamentalmente en algún momento».

En esta línea, en el voto se afirma que ni los arts. 9.1 y 9.3 CE ni el art. 96 CE pueden invocarse como una vía para desarrollar el control abstracto de convencionalidad de una norma con rango legal; además consideran «reducionista» afirmar que el control abstracto de convencionalidad de las normas con rango legal queda excluido del objeto del recurso de inconstitucionalidad, fundándose en que dicho recurso solo cabe ante el supuesto de infracción del principio de jerarquía normativa por normas con rango legal respecto de la Constitución. Por ello, entienden los magistrados discrepantes que la jurisprudencia constitucional debería replantearse los problemas derivados de la negativa a que sea la jurisdicción constitucional la que desarrolle el control abstracto de convencionalidad, insistiendo en la necesidad de que la jurisprudencia constitucional aborde de una manera definitiva los problemas derivados de ese control abstracto de convencionalidad de normas de rango legal⁵.

La STC 140/2018 podía haber sido ocasión para replantearse los problemas derivados de esa doctrina constitucional, que excluye el control «abstracto» de convencionalidad de las normas con rango de ley. Pero no ha sido así, ya que también justifica la desestimación del recurso porque la cuestión planteada no es una cuestión de alcance constitucional, aunque significativamente ahora no la califica de «mera legalidad» sino de «convencionalidad». Además, en relación con ese control de convencionalidad, el Tribunal ha tratado de aclarar cuál hubiera sido la vía procesal adecuada para controlar y resolver la presunta contradicción de la LO 1/2014 con los tratados internacionales invocados por los recurrentes.

El fundamento jurídico sexto podría considerarse un mero *obiter dictum*⁶, aunque la aportación más novedosa de la Sentencia sea haber colocado en primer plano y «constitucionalizado» el control concreto de convencionalidad, calificado como una cuestión de mera legalidad ajena al control abstracto de constitucionalidad exclusivo y excluyente propio del Tribunal Constitucional. De ahí la gran repercusión que ha tenido esta Sentencia en la doctrina y también en las decisiones judiciales.

⁵ Según Cristina Izquierdo Sans, «Los magistrados reclaman que la jurisprudencia constitucional se replantee los problemas derivados de la negativa del TC a realizar un control abstracto de convencionalidad, a través de una construcción semejante a la del control mediato de constitucionalidad por la vía de los arts. 9.1 o 96 CE. A mi juicio, el planteamiento de los magistrados en este voto particular resulta interesantísimo para una reflexión sobre la diferencia entre el control concreto y el abstracto, así como la distribución de funciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional respectivamente» («En torno al control de convencionalidad: la aplicación de los tratados internacionales en España», en *Cuestiones actuales en torno a la aplicación de normas y obligaciones en materia de derechos Humanos. Diálogos interdisciplinares con la práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 224 y ss.)

El Tribunal Constitucional sí que se reconoce competente para declarar la inconstitucionalidad de los tratados internacionales, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 161 y ss. de la Constitución, que se tramitará por el procedimiento regulado en el Título II de la LOTC, y los arts. 19 y 32 de la Ley de Tratados.

⁶ Una cuestión no solicitada por los recurrentes, ni debatida en el procedimiento, ni incluida en el fallo de la Sentencia. Sin embargo, la doctrina ha sido recogida en sentencias posteriores del propio Tribunal Constitucional, por lo que se puede considerar doctrina constitucional consolidada.

III. La constitucionalización del control de convencionalidad

La STC 140/2018 ha reiterado jurisprudencia constitucional precedente, y ha reafirmado la negativa del Tribunal a examinar lo que ahora llama control de convencionalidad, o sea la compatibilidad de la norma interna con los tratados, particularmente los que reconocen derechos fundamentales a las personas.

Su novedad, como se ha visto, es reconocer la existencia en nuestro sistema constitucional de un control o test de compatibilidad de la normativa y práctica interna con los tratados internacionales vigentes en España, un control extraño y diferente del juicio de constitucionalidad, que, por ello, no corresponde realizar al Tribunal Constitucional⁷, porque se califica como una mera cuestión de legalidad y cuyo examen corresponde a los jueces y tribunales ordinarios, de acuerdo al reparto competencial existente, según la materia de que se trate. Se configura así un sistema de control judicial difuso y para el caso concreto de la convencionalidad de las leyes, y no circunscrito, como sucede en otros sistemas jurídicos, a los tratados en materia de derechos fundamentales.

La STC 140/2018 afirma que ese control de convencionalidad es un concepto que surge de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en concreto, de su Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (asunto Almonacid Arrellano), según la cual, cuando se ha ratificado un tratado internacional, los jueces están sometidos al mismo y deben velar porque los efectos de sus disposiciones «no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efecto jurídico. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y el tratado en cuestión»⁸.

Se ha criticado que el Tribunal Constitucional haya utilizado como ejemplo el modelo de la Corte Interamericana, primero porque esta Corte no ha «inventado» el control de convencionalidad, que tiene un origen europeo y, concretamente, francés,

⁷ Así, Luis López Guerra se pregunta si todo problema sobre la adecuación de una norma legal española al convenio que no sea resoluble por la vía de la interpretación conforme, se convierte en una duda sobre la constitucionalidad de esa norma en cuanto contraria a un derecho fundamental, una duda que según él solo podía ser resuelta de forma negativa por el Tribunal Constitucional a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, lo que excluiría esa apreciación por el juez ordinario a través del control difuso de convencionalidad (*Convencionalidad y constitucionalidad. Los casos de México y España*, cit., p. 59).

⁸ El criterio de esa Sentencia se reafirma y, al mismo tiempo, se aclara en el caso «Trabajadores Cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros vs. Perú», en el cual se sostuvo que «Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones».

y segundo, porque la Sentencia española no ha aplicado la doctrina de esa Corte, y ha utilizado una concepción del control de convencionalidad muy cercana a la que se ha aplicado en Francia, y donde es especialmente pertinente para distinguir el control de constitucionalidad que corresponde al Conseil Constitutionnel, y el control de convencionalidad que en Francia corresponde a los jueces y tribunales ordinarios, pues ese Conseil considera que el art. 55 de su Constitución de 1958 (texto que ha inspirado el art. 96.1 CE) no integra a los tratados internacionales en el bloque de constitucionalidad⁹, una tesis que, como se ha visto, había admitido nuestro Tribunal Constitucional¹⁰, negando que el control de constitucionalidad incluyera el examen de la contradicción de una ley con un tratado, entendiendo que no afecta a la constitucionalidad de la ley sino que es un problema de selección de la norma aplicable, que corresponde decidir al órgano judicial que conozca el asunto (SSTC 28/1991, 142/1993 y 207/2013).

Siguiendo esa línea, pero dándole mayor realce, la STC 140/2018 ha afirmado que la Constitución no contiene ninguna disposición sobre el valor de los tratados, pues, a diferencia de la Constitución francesa, no ha atribuido expresamente la superioridad jurídica de los tratados sobre las leyes internas, pero sí el desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, dada la resistencia o fuerza pasiva del tratado frente a las disposiciones internas posteriores. Ese desplazamiento supone una superioridad del tratado sobre la norma interna, que no supone su derogación o invalidez, sino solo su aplicación preferente *por su superioridad jerárquica*, dado que las normas del Derecho internacional no condicionan la validez de la norma interna.

⁹ Eva Bruce, *Contrôle de Constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Centre Louis Favoreu (CNRS UMR 6201) Atelier núm. 5.

¹⁰ Según Fernando Valdés Dal-Re, en España el control sobre el legislador cuando una ley contradice un tratado, especialmente los referidos a derechos humanos, se encomienda sin más al Poder Judicial, entendiendo el Tribunal Constitucional que el examen del supuesto no corresponde a su conocimiento, ya que no puede considerarse vulnerado el art. 96.1 CE (STC 49/1988), debiendo entenderse que es una función que el art. 117 CE atribuye a los jueces y tribunales ordinarios, salvo que esté en juego el derecho a la tutela judicial efectiva cuando la interpretación de la norma aplicable incurra en arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta. «En definitiva, son los aplicadores del Derecho, especialmente los jueces y tribunales, los que deben tomar en consideración los tratados internacionales y aplicarlos, aun en el supuesto de que existan normas con fuerza de ley que dispongan cuestión diferente», con la ventaja de que no hay que impugnar las leyes ante el TC, primándose así la inmediatez del control difuso sobre el principio de seguridad jurídica para lograr la pronta aplicación del acuerdo internacional (Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 1, 2020, p. 4). También, María José García Valdecasas afirma que la STC 140/2018 ha llevado a cabo la consagración en el ordenamiento constitucional español de lo que tradicionalmente se viene denominando el control de convencionalidad de la ley nacional respecto a los tratados internacionales. La sentencia no es verdaderamente innovadora, dado que lo que se denomina «control de convencionalidad» ya existía conceptualmente, e incluso se venía ejerciendo en la práctica por algunos tribunales de la jurisdicción ordinaria en España. Faltaba no obstante la delimitación de su alcance en el ordenamiento jurídico español y, en especial, la determinación de qué tribunales era los competentes para llevarlo a cabo con la consiguiente concreción del papel que, en su caso, podía desempeñar el Tribunal Constitucional («La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 2018: una perspectiva constitucional del control de convencionalidad», en *Cuestiones actuales en torno a la aplicación de normas y obligaciones en materia de derechos Humanos. Diálogos interdisciplinares con la práctica*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 261 y ss.

La contradicción con el tratado de una norma legal podría llevar a la declaración de invalidez de la ley desplazada, con el correspondiente efecto *erga omnes*. Ello convertiría la cuestión de convencionalidad en una cuestión de inconstitucionalidad, materia de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional. Según la Sentencia 140/2018, el art. 96.1 CE no podría servir de base para declarar la inconstitucionalidad de la norma legal cuestionada, pues ello supondría incluir en el enjuiciamiento de constitucionalidad de la ley el examen sobre su compatibilidad con los tratados, y derivar una inconstitucionalidad por su oposición a un tratado¹¹.

Las sugerencias contenidas en el importante voto del Magistrado Xiol Rios, en la STC 270/2015, sobre la necesidad de reconsiderar la jurisprudencia constitucional que rechaza la realización de un control abstracto de convencionalidad, no han sido acogidas en la STC 140/2018, sin embargo, sí han influido en ésta al admitir un control concreto de convencionalidad; pero encomendado a los jueces ordinarios, que tiene un alcance muy distinto al control de convencionalidad del sistema interamericano.

Para su comprensión puede ser más útil tener en cuenta el modelo francés que, como en el caso español, ha partido de una premisa, la negativa en 1975 del Conseil Constitutionnel, en un asunto particularmente delicado como el del aborto¹², a controlar la conformidad de las leyes a los tratados internacionales. Esta negativa ha dado lugar a que, primero la Cour de Cassation y años más tarde el Conseil d'Etat, hayan asumido esa tarea, que se denominó control de convencionalidad por el profesor Genevois en su comentario a la decisión del Consejo de Estado en el caso Nicolo¹³, denominación que se aceptaría por la doctrina y por la jurisprudencia e, incluso, por el legislador, dentro y fuera de Francia, y también en la doctrina de la Corte de Puerto Rico¹⁴.

La STC 140/2018 no ha pretendido importar el complejo sistema francés de control de convencionalidad, pues considera que en el sistema español el control de con-

¹¹ Reitera así que nuestra Constitución no ha previsto ni ha reconocido el respeto por una ley de un tratado internacional como materia propia del juicio de constitucionalidad, sino de un juicio o control de convencionalidad sometido al art. 96.1 CE, precepto que no determina a qué órgano judicial corresponde realizarlo, o sea cuál sería el órgano judicial competente para formularlo y cuál debería ser su alcance, pero que permitiría, al realizar ese juicio o control, aplicar directamente las reglas autoejecutables de ese tratado, desplazando la normativa interna contraria al tratado. Esta opinión contrasta con la de otros sistemas cercanos. Así, por ejemplo, la Cour Constitutionnelle belga viene sosteniendo que cuando una disposición convencional que vincule a Bélgica tiene un alcance análogo al de una de las disposiciones constitucionales cuyo control es competencia de la Cour y cuya violación se alega «las garantías consagradas por esta disposición convencional constituyen un conjunto indisoluble con las garantías inscritas en las disposiciones constitucionales afectadas. De ello se sigue que en el control que ella ejerce respecto a estas disposiciones constitucionales, la Cour tiene en cuenta las disposiciones del Derecho internacional que garantizan derechos o libertades análogas (entre otras, CC belga 2 de mayo de 2009, núm. 76/209)».

¹² Decisión 75/54 DC de 15 de enero de 1975. La Decisión declaró su incompetencia para ejercer el control de la convencionalidad de las normas internas desde la premisa de que los tratados, aunque tengan primacía sobre la ley, no tienen jerarquía constitucional ni integran el bloque de constitucionalidad, por lo que esa tarea corresponde a los jueces ordinarios.

¹³ RFDA 1989, p. 832.

¹⁴ Término que ha tenido un desarrollo exponencial con el peligro de su posible banalización, pues con el mismo se hace referencia a regulaciones muy diferentes, lo que lo convierte en un término impreciso. Vid. Laure Weymuller, *Le Conseil d'Etat face aux mutations du contrôle de conventionnalité*. Université Paris II.

vencionalidad solo es «una mera regla de selección del Derecho aplicable», para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido en caso de contradicción de la norma interna aplicable con la norma de un tratado asimismo aplicable al caso. Se trata de un control «concreto» que resuelve, respecto a ese caso, el eventual conflicto entre la norma interna y la norma internacional mediante el desplazamiento de la norma interna contraria a un tratado por la norma autoaplicable contenida en ese tratado, con un efecto limitado al caso aplicable. Al no afectar a la validez de la norma legal desplazada, no supone la expulsión de la norma interna sino su inaplicación en un caso concreto, por lo que sería una cuestión de mera legalidad que corresponde «a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que con carácter exclusivo les atribuye el art. 117.3 CE».

El órgano judicial se limita así a resolver el caso litigioso concreto¹⁵ inaplicando la norma interna por la prevalencia del tratado, pero no por la aplicación de un principio de jerarquía, sin que esa solución pudiera ser corregida por un recurso de inconstitucionalidad, ni tutelable en el recurso de amparo, salvo que tuviera conexión con algún derecho fundamental¹⁶.

En suma, el control de constitucionalidad de las leyes no incluye el examen de la compatibilidad de una norma interna con un tratado internacional vigente en nuestro ordenamiento. Ese control de «convencionalidad» se encomienda a los jueces y tribunales que conozcan asuntos en los que se plantea esa compatibilidad, y a quienes corresponde determinar la selección de la norma aplicable (y también la aplicación del principio de interpretación conforme, más allá del ámbito limitado del art. 10.2 CE).

La prevalencia dada al tratado para el desplazamiento de la norma interna requiere, como sucede ya en el Derecho de la Unión Europea, el que el tratado tenga un efecto directo en cuanto contenga normas claras, precisas e incondicionales¹⁷.

IV. La recepción del control del control de convencionalidad

El reconocimiento constitucional de la posibilidad de un control concreto de convencionalidad por parte de los jueces ordinarios ha sido recibido por algunos con entusiasmo, y por otros con preocupación, también por razones de seguridad jurídica, al no haberse reservado el Tribunal Constitucional la última palabra en la unificación de los criterios judiciales distintos sobre el juicio de convencionalidad respecto a un precepto legal concreto, como la práctica ha demostrado, dado el margen de libertad de decisión que tienen al respecto los jueces y tribunales, y dado, además, que los mismos no han respetado la función propia de ese control de desplazamiento *ad casum* aplicando la norma del tratado en vez de la norma interna.

¹⁵ Vid. Alicia Rivas Vaño, «A propósito de los derechos sociales: reflexiones en torno al control de convencionalidad», en *Descentralización, poder y derechos sociales, Libro in memoriam de Manuel J. Terol Becerra*, 2021, pp. 269 a 280.

¹⁶ María José García Valdecasas, *loc. cit.*, p. 276.

¹⁷ Podría dudarse de si ese desplazamiento puede operar en un litigio entablado exclusivamente entre particulares, de acuerdo al criterio del TJUE Sentencia Pfeiffer y otros, de 5 de octubre de 2004, C-403/01.

Ello está ocurriendo en la materia laboral donde hay jueces y tribunales que no se limitan a determinar cuál es la norma aplicable al caso, desplazando la norma interna sobre la base de su contradicción con los criterios u objetivos de tratados internacionales pero que no contienen reglas susceptibles de aplicación directa.

Por otro lado, la STC 140/2018 debería haberse referido al criterio de la interpretación conforme, que implica que el órgano judicial aplique la norma española, aunque interpretada a la luz de la norma del tratado, evitando ese desplazamiento.

Como es sabido, el control interno de convencionalidad está muy vinculado al aseguramiento de la protección de los derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales, complementando en su caso el control externo que realiza el TEDH, que ha recuperado un nuevo papel tras la ampliación de los países pertenecientes al Consejo de Europea. Las reformas recientes de las funciones de ese Tribunal lo están acercando a un órgano no de mera convencionalidad, con contornos propios de un tribunal constitucional. Ello ha reforzado los sistemas internos de control de convencionalidad, pero también ha generado la duda de si puede seguir manteniéndose que ese control, por su propia naturaleza, sea ajeno al control de constitucionalidad.

La Sentencia que venimos comentando ha sido consciente de este problema y declara que el Tribunal Constitucional puede ejercer a través del recurso de amparo un control constitucional sobre el ejercicio judicial del control de convencionalidad con base en el art. 24.1 CE, en el que podrá examinar la selección del Derecho aplicado realizada por los jueces ordinarios, evitando una arbitraria o irrazonable aplicación de la norma internacional seleccionada o una desaplicación de la norma interna.

Se reserva así la última palabra en el juicio de convencionalidad, como control de constitucionalidad, revisando el juicio de convencionalidad realizado por la sentencia judicial. Esta reserva puede suscitar problemas en su aplicación que requerirían una mayor concreción por el propio Tribunal o una reforma al respecto de la LOTC, que sería ocasión de delimitar el ámbito y los requisitos para el ejercicio de los jueces ordinarios del control de convencionalidad, entre ellos el de qué normas de los tratados son autoaplicables por reconocer a los particulares derechos debidamente concretados. Sin embargo, esta declaración no deja resuelta la problemática, que ya existe en otros sistemas cercanos, de la relación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, sobre todo cuando está en juego la aplicación de normas legales cuya contradicción con tratados ratificados y publicados en España puede tener relevancia constitucional, sobre todo cuando están en juego derechos fundamentales de la persona.

V. La posible prioridad del control de constitucionalidad

La existencia de dos controles, el de convencionalidad y el de constitucionalidad, plantea el problema de la preferencia o prevalencia de uno u otro en un caso concreto.

Ello se ha planteado en Francia, donde se ha resuelto a través de la creación de la llamada «cuestión prioritaria de constitucionalidad», una denominación que refleja que el legislador ha impuesto como prioritario o previo el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad antes de realizarse un posible control de convencionalidad por los jueces y tribunales, en especial planteando ante el TJUE una cuestión prejudicial.

La creación legal de la cuestión prioritaria de constitucionalidad ha generado un numeroso cuerpo de doctrina sobre la relación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. Las fronteras entre uno y otro no son claras, y la dispersión del control de convencionalidad ha creado problemas que podrían resolverse encomendando ese control al órgano de justicia constitucional, sobre todo cuando están en juego derechos fundamentales de la persona.

También entre nosotros, tras la STC 140/2018 se está planteando si la constitucionalización del control judicial difuso de convencionalidad debe suponer una revisión de la jurisprudencia constitucional sobre la incompetencia del Tribunal Constitucional para llevar a cabo un control de convencionalidad de las normas internas, especialmente las leyes, un control que se estima propio del control de constitucionalidad, alegando que en otros ordenamientos, como en Italia, la Corte Constitucional ha asumido esa función, especialmente en materia de derechos humanos, que es el campo propio del control de convencionalidad (salvo en los casos de normas de la UE).

La introducción del control difuso de convencionalidad permite a los jueces ordinarios la invalidación de una norma, asegurando su no vigencia, una cuestión que, en caso de la ley, solo puede corresponder al Tribunal Constitucional. Ello debería obligar a revisar su doctrina de la indiferencia constitucional de los incumplimientos de los tratados, desconociendo el valor interno que el art. 96.1 CE les reconoce.

En el fondo, la STC 140/2018, aunque diga seguir la doctrina de la Corte Interamericana, está aplicando en el conflicto de normas nacionales/internacionales el papel de los jueces y tribunales respecto a la primacía del Derecho de la Unión Europea, utilizando como parámetro de control los tratados internacionales en el sentido del art. 2 del Convenio de Viena y del art. 2 de la Ley de Tratados, al margen de la materia que trate, y más allá de los tratados sobre derechos fundamentales.

La vía del control difuso de convencionalidad, como demuestran experiencias comparadas, plantea problemas de compatibilidad o fronteras con el control de constitucionalidad. En uno de los primeros estudios sobre la STC 140/2018, Alonso García¹⁸ advirtió de la heterogeneidad de los tratados internacionales y su elevado número, así como sobre que sus contenidos suelen establecer obligaciones de los Estados, pero no derechos de los ciudadanos de aplicación directa. Además, se preguntaba si la contradicción entre la norma internacional y la norma interna había de resolverse necesariamente en términos de selección de la norma aplicable, sin aplicación del principio de jerarquía, y solo a través de la inaplicación y el desplazamiento por la norma internacional de la norma interna sin afectar a su vigencia. Por eso, se pregunta «cómo debe compaginarse el control de convencionalidad con el de constitucionalidad», una cuestión que viene planteándose en los países en los que, además de un control de constitucionalidad, existe un control específico de convencionalidad.

La respuesta a ese interrogante está muy vinculada al papel que corresponde en cada sistema a la justicia constitucional, pero también a la estrategia que los jueces ordinarios y las partes asuman ante muy variados incumplimientos de los tratados. Esa

¹⁸ «El control de convencionalidad: cinco interrogantes», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2020, 119, <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.119.01>.

cuestión se ha planteado en relación con el Derecho de la Unión Europea, donde, como es sabido, nuestros jueces y tribunales son jueces «comunitarios» que pueden optar por resolver el caso interpretando la norma eurounitaria, si la misma es clara y autoaplicable, o plantear una cuestión prejudicial, materialmente de convencionalidad, al TJUE, que puede declarar la incompatibilidad de una norma española con la norma eurounitaria, pero sin afectar ultra partes a su validez y eficacia¹⁹. Pero si el asunto tiene relevancia constitucional, puede plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, pero sin que ello venga constitucionalmente impuesto.

Fuera de los casos de aplicación del Derecho de la Unión Europea, la relación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad y la posible preferencia de uno u otro no ha sido aclarada por la STC 140/2018.

La existencia de tribunales supranacionales que conocen de los derechos fundamentales, en especial en el caso del TEDH, ha supuesto y refleja, como también en el caso del TJUE, un propósito de estos órganos de relacionarse directamente con los jueces y tribunales ordinarios, desplazando, aunque no cuestionando, el papel de los tribunales constitucionales nacionales. Este fenómeno se ha dado en muchos países. Aunque se ha evitado una guerra entre tribunales la realidad es que tanto el CEDH como el valor de tratado reconocido a la Carta Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha incrementado el número de sentencias judiciales en las que se tratan temas materialmente constitucionales en cuanto afectan a derechos fundamentales de la persona, que en muchos casos coinciden con los reconocidos por nuestra Constitución, con la circunstancia añadida de la rigidez de ésta para adaptarse al reconocimiento de derechos de última generación, pese a la interpretación dinámica de la justicia constitucional y la apertura creativa a nuevos derechos reconocidos o recreados por la jurisprudencia de esos tribunales²⁰.

El reconocimiento de un control judicial difuso de convencionalidad y el papel cuasiconstitucional de estos tribunales europeos puede no implicar una reducción del papel que la Constitución asigna a nuestro Tribunal Constitucional. Desde luego, es claro, y lo debería haber advertido la STC 140/2018, que la sentencia judicial ha de respetar la supremacía de la Constitución, y no puede contradecir a ésta, sobre todo

¹⁹ Aunque en principio el TJUE interpreta el alcance de la norma europea, con frecuencia declara que una norma nacional es contraria a la norma europea, una declaración que vincula al juez nacional cuestionante, pero que de facto puede tener un efecto erga omnes en cuanto que se advierte al Estado del incumplimiento de su obligación de respetar o, en su caso, incorporar al ordenamiento interno la norma eurounitaria o derogar la norma interna contraria a ella.

²⁰ El TEDH ha dictado una importante Sentencia de la Gran Sala en un caso relacionado con el cambio climático (*Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. Suiza*). Se refiere a una denuncia presentada por cuatro mujeres y una asociación suiza contra las autoridades suizas que no están tomando medidas suficientes para mitigar los efectos del cambio climático: el Tribunal ha declarado que la Convención incluye el derecho a la protección efectiva por parte de las autoridades estatales contra los graves efectos adversos del cambio climático en la vida, la salud, el bienestar y la calidad de vida, aunque solo ha admitido la condición de víctima de la asociación. La Sentencia ha declarado que se había violado el derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado en la Convención, además del derecho de acceso a los tribunales, incumpliendo la Confederación Suiza sus obligaciones positivas en relación con el cambio climático. Ello confirma, tanto los cambios introducidos en el propio Convenio y, sobre todo, en la regulación del TEDH, como la posibilidad de la sentencia piloto, la transformación progresiva de este Tribunal de un órgano de solución de quejas en un órgano de vocación constitucional que se pronuncia con carácter general erga omnes sobre el alcance del Convenio.

en materia de protección de los derechos fundamentales. Pero de ello también puede deducirse que el ejercicio de ese control judicial de convencionalidad en el caso de la ley no permite dictar una sentencia que viole o desconozca la Constitución.

Por otro lado, el control de convencionalidad no es un control abstracto, sino en relación a un caso concreto, sin ningún efecto *erga omnes*, lo que se refleja en la existencia de interpretaciones contradictorias sobre el juicio de convencionalidad, pues el juez no es en este caso juez de la ley, sino de su aplicación a un caso concreto, y ello puede servir para trazar una frontera entre el control de convencionalidad realizado por la justicia ordinaria y el control de constitucionalidad realizado por la justicia constitucional. En esta línea se han hecho propuestas tendentes a excluir las normas con rango legal del control de convencionalidad por los jueces ordinarios²¹, respetando así la sujeción del poder judicial al poder legislativo.

Por último, el control de convencionalidad permite un desplazamiento de la norma interna para aplicar la norma internacional contraria a ella, pero sin afectar a su validez. Sin embargo, entre nosotros, se viene realizando ese control, especialmente en materia laboral, no desplazando la norma interna sino aplicándola «corregida», de forma que respete la norma internacional.

Ello ha ocurrido sobre todo en la jurisdicción del orden social, que es donde se ha ejercido con más frecuencia ese control, incluso antes de la STC 140/2018, verificando la compatibilidad de la norma española con los tratados internacionales en materia de trabajo, especialmente la Carta Social Europea y los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España, aunque aquella y éstas en la mayoría de los casos establecen obligaciones a los Estados en disposiciones generalmente inaplicables, salvo en algunos temas relacionados con derechos humanos, como en materia de libertad sindical o de discriminación²².

También en el ámbito académico han sido numerosos los estudios y publicaciones relacionadas con el llamado Derecho Internacional del Trabajo y sobre las condiciones de eficacia directa de las normas internacionales de trabajo. La STC 140/2018 ha animado a nuestros jueces y tribunales del orden social a examinar la compatibilidad de la norma laboral interna con tratados internacionales, especialmente en materia de derechos humanos, lo que se enlaza con los arts. 96.1 y 10.2 CE, una primacía ya reconocida por el Tribunal Constitucional, que tiene capacidad de desplazar a normas internas en virtud de su aplicación preferente o prevalente (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004).

Ello ha sido producto también del activismo de los litigantes al invocar instrumentos internacionales para evitar la aplicación de normas internas que han restringido o eliminado derechos que leyes anteriores les reconocían.

²¹ Thibaut Larrouturou, *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, LGDJ, 2021, p. 531.

²² Un examen exhaustivo de los instrumentos internacionales sobre los que han conocido nuestros jueces y tribunales del orden social, y un amplio listado de la jurisprudencia al respecto, en Miguel Ángel Garrido Palacios. *La recepción del Derecho Internacional del Trabajo en la jurisprudencia de los tribunales españoles*, Tesis Doctoral, Universitat de València, julio 2020.

Nuestros jueces del orden social han sido muy sensibles a estas invocaciones o a su aplicación *ex officio*. Su labor está llena de luces, pero también de algunas sombras, por eso no han faltado quienes se han mostrado contrarios a un control difuso de convencionalidad por estimarlo poco respetuoso del principio democrático de división de poderes y de la seguridad jurídica²³. La doctrina laboral ha estado abierta a esa posibilidad, pero ha tenido en cuenta los riesgos para la seguridad jurídica del uso abusivo o extensivo de ese control difuso de convencionalidad, sobre todo cuando no se ha tratado de aplicar «como una herramienta para combatir o revertir las reformas laborales y los recortes que se han producido como consecuencia de la crisis económica»²⁴.

Se ha dado el caso de que normas declaradas constitucionales por el Tribunal Constitucional han sido inaplicadas por jueces laborales basándose en su contradicción con convenios de la OIT o con la Carta Social Europea. Pero lo más llamativo y criticable es que en esas sentencias no se aplicado la fórmula del desplazamiento que diseña la STC 140/2018, sino que el órgano judicial corrige al legislador aplicando la norma legal española, pero añadiendo de su cosecha un complemento económico adicional, como ha ocurrido en el caso de las indemnizaciones en ciertos despidos.

En puridad, en ese caso no se realiza un control de convencionalidad ni la aplicación preferente de una norma internacional laboral susceptible de aplicación directa, ni tampoco se hace una interpretación de la ley interna a la luz del tratado internacional. Se crea para el caso concreto una regla complementaria, teniendo en cuenta sus circunstancias. Un caso típico ha sido el de la no consideración de la indemnización por despido improcedente no suficientemente disuasoria, como prevé el Convenio núm. 158 OIT, especialmente cuando la breve duración del contrato supone para el trabajador una indemnización de escasa cuantía, y en el que el juez concede libremente una indemnización por despido para mejorar la establecida legalmente, y ello a discreción del órgano judicial²⁵.

El reconocimiento de indemnización complementaria, además de la legalmente tasada en el despido improcedente y no supone técnicamente la aplicación del control de convencionalidad, y ha creado una inseguridad jurídica notable por la diversidad de criterios utilizados por los órganos judiciales que están aceptando esa indemnización complementaria, una doctrina no compartida por todos los órganos judiciales laborales²⁶. Pero, incluso si se unificara por el Tribunal Supremo la posibilidad de ampliación

²³ Raúl Canosa Usera, *El control de convencionalidad*, Madrid, Cívitas, 2015, p. 118.

²⁴ José María Goerlich Peset, «(Re)descubriendo el control de convencionalidad ¿activismo o autocontención judicial?», *Labos*, vol. 2, núm. 1, p. 7. El autor examina «algunos episodios en concreto»; las sentencias judiciales relativas al control de la causalidad de los despidos en interés de la empresa, la admisibilidad del contrato de apoyo a los emprendedores, al despido por absentismo o al cuestionamiento integral de la regulación interna de los efectos del despido injustificado, incluyendo las indemnizaciones tasadas, en contraste con la jurisprudencia constitucional que ha reconocido la conformidad a la Constitución de esa reforma.

²⁵ Sobre la cuestión, vid, por todos, Ignasi Beltrán «Decisiones judiciales y “ruido”: el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente», *Temas Laborales*, 166/2023.

²⁶ Un caso muy actual es el relativo a la audiencia previa al despido disciplinario que prevé el art. 7 del Convenio núm. 158 OIT. La jurisprudencia social había estimado que la carta de despido podía suplir esa falta de comunicación. Sin embargo, ahora algunos tribunales (en concreto la STSJ Baleares, 13 de febrero

de la indemnización legal tasada, este órgano habría de justificar esa posibilidad fuera del control de convencionalidad diseñado por el Tribunal Constitucional. Una posible vía sería la de la interpretación conforme, a la que, sin embargo, la STC 140/2018 no hace referencia, y que permite una aplicación de la norma interna a la luz de la regla internacional en cuestión.

Tanto los justiciables como los tribunales del orden social han hecho así un uso desviado extensivo del control de convencionalidad para tratar de desplazar la aplicación de las reformas laborales ablativas invocando un precepto de un tratado internacional que impone obligaciones al Estado parte de ese tratado, pero que no es susceptible de aplicación directa y autónoma por su carácter abierto y genérico. En este sentido, aunque deberían ser conocidas por los órganos judiciales las exigencias para calificar como autoaplicables normas de tratados internacionales, la STC 140/2018 ha pecado de imprudencia al no haber precisado las condiciones en las que, al ejercer el control de convencionalidad, un órgano judicial puede desplazar la aplicación de la norma laboral española para aplicar una norma contenida en un tratado ratificado por España que establezca una regla autoaplicable.

Tampoco ha precisado la prevalencia del planteamiento en su caso de una cuestión de constitucionalidad de la norma cuestionada, ni en el caso del Derecho de la Unión Europea recordado la necesidad de plantear una cuestión prejudicial, con el resultado práctico de que si se trata de una directiva la misma no será de aplicación directa a las relaciones entre particulares y, por ello, a los contratos de trabajo. Por lo demás, la posibilidad de desplazar una norma interna no permite aplicar analógicamente otra norma interna, que se estima más compatible con el tratado. El desplazamiento tiene que ser de la norma española para aplicar una norma *self executing* del tratado, y no permite que, invocando ese tratado, se trate de aplicar extensiva o analógicamente otra norma de nuestro ordenamiento.

La STC 120/2021, de 31 de mayo, reitera que los tribunales ordinarios pueden declinar la aplicación de una norma legal, pero para aplicar en su lugar un precepto contenido en un tratado internacional, entendiendo el control de convencionalidad como una mera regla de selección de derecho aplicable, la interna o la internacional, que corresponde realizar en cada caso concreto a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria.

La última palabra dentro de la jurisdicción ordinaria corresponde al Tribunal Supremo, cuyo papel es importante para garantizar la seguridad jurídica, que puede ponerse en peligro cuando no hay opiniones concordantes en los tribunales o jueces laborales inferiores, y no se tenga certeza sobre si la norma laboral española va a ser aplicada en su integridad al litigio. El Tribunal Supremo ha sido consciente de estos riesgos. Ha asumido, pero a la vez delimitado, el control difuso de convencionalidad.

de 2023) han declarado la improcedencia del despido por incumplir ese requisito de audiencia previa, lo que produciría una indefensión del trabajador (más lógico hubiera sido declarar nulo su despido al infringirse un derecho constitucional). Esa tesis ha sido aceptada por otros tribunales superiores de justicia, mientras que otros han rechazado esa interpretación o estiman que ello debería llevar a una indemnización. (Sobre el tema, *vid.* Ignasi Beltrán «Despido disciplinario y audiencia previa ex art. 7 C158 OIT: estado de la cuestión (a la espera de la unificación de doctrina)». ignasibeltran.com/2023/10/16).

Para ello ha aclarado el alcance de la aplicación directa de las normas internacionales por nuestros órganos judiciales, desplazando la norma legal española aplicable en principio al caso, ha establecido algunas cautelas sobre el alcance de ese control.

En todo caso, en materia de control de convencionalidad debe tenerse en cuenta la diferencia de peso entre las normas internacionales que protegen derechos humanos y las que no lo hacen, y ello es importante también para evitar que el control de convencionalidad se use indebidamente para desplazar el preferente control de constitucionalidad.

Un sector de la doctrina ha llamado la atención sobre la necesidad de autocontención de respeto al imperio de la ley y del principio de seguridad jurídica, tanto de carácter procedimental como desde el punto de vista sustantivo. Ha de tenerse en cuenta que las normas internacionales del trabajo están dirigidas a los Estados, tienen un contenido abierto y, en la mayor parte de los casos, no son autoaplicables, sino que requieren una adaptación del ordenamiento interno a esas reglas internacionales²⁷.

La STC 140/2018 ha dado un positivo paso al asignar a la jurisdicción ordinaria el asegurar la efectividad de los derechos laborales reconocidos en los tratados internacionales, pero ha de ser en tanto que se contengan en reglas autoaplicables de esos tratados. Es responsabilidad del Tribunal Constitucional seguir profundizando sobre los límites y condiciones de ese control. Para ello debería facilitar el acceso al amparo de estos asuntos, y en sucesivas sentencias no limitarse a reiterar las líneas genéricas y abiertas que al tema de la convencionalidad ha dedicado aquella Sentencia, sino establecer criterios claros y seguros sobre el alcance y límites de ese control de convencionalidad. Solo así podrán despejarse los recelos hacia el control judicial difuso de convencionalidad, y asegurar un ejercicio efectivo y, a la vez, responsable del mismo.

La STC 140/2018 ha dado un paso importante para la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos en los tratados e instrumentos internacionales mediante el control difuso de convencionalidad, que implica una nueva concepción de nuestro sistema de fuentes, que supone que todos los operadores jurídicos, incluido el Tribunal Constitucional, interpreten la Constitución «convencionalizada» desde «lineamientos internacionales»²⁸.

La pregunta que hay que formularse es si el tema del control de convencionalidad debe seguir siendo ajeno al conocimiento del Tribunal Constitucional cuando estén en juego derechos fundamentales, evitando que el control de convencionalidad desplace la prevalencia del control de constitucionalidad²⁹.

²⁷ *Vid.*, al respecto, José María Goerlich Peset, «(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?», cit., pp. 4-17.

²⁸ Manuel Fondevila Morón, «Un Tribunal Constitucional para el siglo XXI: los retos de la jurisdicción constitucional en España», *Revista de Derecho Político*, núm. 111, p. 181, que cita al respecto a Néstor Pedro Sagues, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Méjico, Porrúa, p. 356.

²⁹ Precisamente en Francia, donde el Conseil Constitutionnel en la Sentencia IVG estableció la doctrina de su incompetencia en materia de control de constitucionalidad, que ha seguido nuestro Tribunal Constitucional, se está planteando una revisión de esa jurisprudencia para reforzar el papel del Consejo Constitucional sobre el control de convencionalidad. *Vid.* Thibaut Larrourou *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, cit., pp. 431 y ss.

LA REPARACIÓN DE LOS DERECHOS DECLARADOS VULNERADOS POR SENTENCIA DEL TEDH. EL PROBLEMÁTICO ENCAJE DEL RECURSO DE REVISIÓN

CRISTINA IZQUIERDO SANS
Letrada del Tribunal Constitucional

I. Antecedentes de la cuestión

A. EL MARCO DEL CEDH

En virtud del artículo 46 CEDH, las sentencias del TEDH son obligatorias¹, por lo que cuando el TEDH constata una violación del CEDH, el Estado demandado tiene la obligación jurídica de adoptar las medidas necesarias, tanto generales como individuales, para el cumplimiento de la resolución dictada. Ahora bien, teniendo en cuenta que, como reconoce el propio TEDH en su jurisprudencia, las sentencias tienen una naturaleza declarativa², el Estado demandado queda libre³, bajo control del Comité de ministros⁴, de elegir el modo de cumplir con su obligación jurídica. En realidad, un tratado internacional de la naturaleza del CEDH, nunca podría ir más allá, pues la

¹ Las sentencias del TEDH son obligatorias y definitivas (art. 44 CEDH), sin perjuicio de la posibilidad de remisión a la Gran Sala por cualquiera de las partes en el plazo de 3 meses, desde que una Sala de 7 jueces dicta sentencia si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general.

² El principio de soberanía del Estado limita, habitualmente, a un carácter declarativo las sentencias de un tribunal internacional.

³ En las circunstancias particulares de cada caso «el Estado demandado sigue siendo libre, en principio, bajo la supervisión del Comité de Ministros, de elegir los medios para cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del art. 46.1 del Convenido, siempre que sean compatibles con la sentencia de este Tribunal» (*STDH Haddad contra España*, de 18 de junio de 2019).

⁴ Artículo 46, párrafos 3, 4 y 5. La sentencia definitiva del Tribunal se transmite al Comité de ministros del Consejo de Europa, que vela por su ejecución. Cuando el Comité de ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá dirigirse al Tribunal con objeto de que éste se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. Si el Comité considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá, tras notificarlo formalmente a esa Parte y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación en virtud del párrafo 1.5. Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar. En caso de que el Tribunal concluya que no se ha producido violación alguna del párrafo 1, reenviará el asunto al Comité de ministros, que pondrá fin al examen del asunto.

estimación de una vulneración del CEDH por parte del TEDH no legitima a este, desde ningún prisma, para tomar decisiones en relación con las resoluciones judiciales impugnadas ante el TEDH dictadas por el poder judicial de los Estados parte. El TEDH, por mucho que considere que éstas se pronunciaron en vulneración de uno de los derechos garantizados por el CEDH, no puede anular resoluciones adoptadas por los órganos judiciales nacionales y son los Estados parte los que deben establecer en sus ordenamientos jurídicos las vías —procesales o no—, para que las sentencias se ejecuten en el orden interno. Es un claro ejemplo de la necesidad de cooperación entre el derecho internacional y el derecho interno, pues la eficacia del derecho internacional dependerá de la cooperación que reciba del derecho interno. Si los Estados parte no adoptan en el ordenamiento interno las vías procesales para ejecutar las sentencias del TEDH, el CEDH perderá eficacia; eso sí, siempre desde la perspectiva de su libertad de libre elección de medios.

La realidad recién expuesta provocó que el CEDH incorporara un precepto —que podríamos denominar preventivo—, por el que los Estado parte, en los casos en que el derecho interno de un Estado condenado no permitiera una ejecución directa de la sentencia, se comprometían a reparar las consecuencias de la vulneración del CEDH declarada por el TEDH a través de una satisfacción equitativa —una indemnización— y, de esa forma, cumplir con la obligación de ejecutar las sentencias del TEDH. Es el actual artículo 41 del CEDH⁵. A mi juicio, el precepto vuelve sensato el sistema: en la medida en que el orden internacional no puede alcanzar más que a «declarar» una vulneración sin intervenir en las estructuras del Estado y, ante la palmaria realidad de las resistencias que los Estados podrían encontrarse en el orden interno para ejecutar directamente las sentencias del TEDH —justificadas en los principios de seguridad jurídica y soberanía—, el artículo 41 —antiguo 50 CEDH— les comprometía a sustituir la ejecución directa por una indemnización, denominada en el CEDH satisfacción equitativa. Así, además, los Estados parte evitaban el riesgo de enfrentarse al incumplimiento de obligaciones convencionales que podría generar responsabilidad internacional; en definitiva, el art. 41 CEDH ofreció una solución coyuntural a los límites del ordenamiento internacional en sus efectos en el orden interno. Durante muchos años, un número importante de Estados parte —como España—, no ofrecieran una vía procesal para la ejecución directa de las sentencias del TEDH. Poco a poco, se han ido reformando los ordenamientos internos. El artículo 41 CEDH fue una excelente fórmula de compromiso. Personalmente, soy de la opinión de que, si el art. 41 no hubiera existido en el CEDH, probablemente muchos Estado europeos no se hubieran animado a manifestar el consentimiento al CEDH, pues, como antes he mencionado, fue clave para el encaje de las piezas y permitió el despegue y ascenso del compromiso

⁵ La *satisfacción equitativa* del art. 41 CEDH: Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante *sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación*, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. La literalidad de este precepto no ha sido modificada en ninguno de las reformas que el CEDH ha sufrido; solo ha cambiado su numeración y paso del ser el art. 50 al 41.

internacional más relevante en Europa en materia de derechos humanos, que inauguraba la segunda mitad del siglo xx.

El profesor Sáez Arnaiz⁶ aporta una explicación añadida al origen del artículo 41 CEDH. Para el autor, los padres del Convenio estaban convencidos de que la litigación ante el futuro tribunal resultaría mucho más de demandas interestatales que de demandas de particulares o grupos de personas y, en consecuencia, se tenía en mente la responsabilidad internacional que se podría generar entre Estados en caso de no ejecución de una sentencia del TEDH o, lo que es lo mismo, la idea de reparación por la comisión de un hecho ilícito internacional. En este contexto de reparación por la comisión de un hecho ilícito internacional, la propuesta de los expertos jurídicos se inspiró en dos tratados internacionales sobre arbitraje y arreglo pacífico, que ofrecían alternativas a la *restitutio in integrum* en forma de compensación o satisfacción equitativa, intentando asegurar que las complejas y variadas relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno no impidieran la reparación al extranjero perjudicado o al país de su nacionalidad⁷.

En coherencia con lo expuesto, la posición tradicional de nuestros tribunales, especialmente el Tribunal Supremo, fue declarar su incompetencia para anular una sentencia firme con motivo de una nueva sentencia del TEDH⁸. Ello no exoneraba a España de las obligaciones internacionales asumidas⁹, sino que obligaba a la reparación a través de una indemnización. Además, a partir de la década de los setenta, el TEDH aplicó el artículo 41 CEDH tanto para los casos en los que el ordenamiento interno del Estado implicado impedía la extinción de los efectos de la violación, como para aquéllos en que resultaba imposible la *restitución in integrum* porque no lo permitía la propia naturaleza del daño¹⁰ y al margen de lo que estuviera previsto en el ordenamiento interno¹¹. En definitiva, el TEDH se habilitó a sí mismo para otorgar una satisfacción

⁶ Véase Alejandro Sáiz Arnaiz, «La satisfacción equitativa del artículo 41 CEDH (1960-1990)», en Cristina Izquierdo Sans y María García Casas, *Litigación internacional para la defensa de los derechos humanos*, Madrid, Colex 2022, pp. 65-104, pp. 68 y ss.

⁷ Véase Alejandro Sáiz Arnaiz, p. 70.

⁸ Véase: Sentencia del TS, de 4 de abril de 1990, Considerando tercero, *in fine*. El TS afirma que anular una Sentencia firme dictada por él supondría introducir una instancia judicial internacional superior para suspender la ejecución de sentencias firmes y con ello «inventar» un nuevo motivo de revisión. Esta afirmación no impide al TS criticar la inadecuación del ordenamiento jurídico español para garantizar la tutela judicial efectiva (fundamento jurídico 5, *in fine*).

⁹ El TS hacía mención a posibles salidas para el cumplimiento de las obligaciones internacionales, por ejemplo, el indulto, la amnistía o el recurso al actual art. 41, entonces art. 50. Sobre los dos primeros véase, Lorenzo Mateo Bujosa Vadel, *Las sentencias del Tribunal Europeo, Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, 1997, p. 169; y Concepción Escobar, «La ejecución en España de las sentencias del TEDH», *REDI*, 1990-2, p. 567.

¹⁰ STEDH *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, de 10 de marzo de 1972, & 20. Es la primera sentencia en aplicación del actual art. 41 y se dictó de forma separada a la sentencia de fondo. Es lo que Sáiz Arnaiz ha denominado sentencia aditiva porque ampliaba el radio de aplicación de la satisfacción equitativa. Véase Alejandro Sáiz Arnaiz, p. 77.

¹¹ El TEDH, empeñado desde el primer momento en hacer patente el efecto reparador de sus sentencias, nunca prestó demasiada atención a los contenidos de los distintos ordenamientos internos. Es mucho más reciente en el tiempo el análisis del TEDH sobre las posibilidades de reparación existentes en el ordena-

equitativa a la víctima de la violación, fuera cual fuera la naturaleza de esta, si bien se puso el límite de concederla siempre a instancia de parte¹², nunca de oficio y, sin perjuicio de los solicitado por la parte, decidía en términos de equidad. A mitad de la década de los ochenta, estaba asentado en la jurisprudencia del TEDH la concesión de la satisfacción equitativa en términos de equidad¹³ y establecida en la misma sentencia de fondo, en la medida en que fue muy alto el aumento de su actividad y así lo aconsejaban razones de economía procesal.

El afán protagonístico del TEDH y la interpretación extensiva de sus propias competencias, que él mismo llevó a cabo sin tener en cuenta no solo el tenor literal del entonces artículo 50 CEDH, sino, sobre todo, la premisa de la libertad de los Estados para decidir cómo ejecutar las sentencias, quedó así puesta de manifiesto desde el inicio de su andadura.

El primer problema en España vino de la mano de un supuesto en el que la satisfacción equitativa no reparaba las lesiones declaradas por el TEDH. En este contexto, la jurisprudencia constitucional de nuestro país conformó —por los motivos que a continuación expongo— la denominada *teoría de la lesión actual*, en aras a otorgar una solución coyuntural a los casos de violaciones más graves declaradas por el TEDH. Nuestro país había ratificado el CEDH el 4 de octubre de 1979 y apenas diez años después, el 6 de diciembre de 1988, el TEDH dictó la primera condena a España que no podía ejecutarse a través del actual artículo 41 CEDH.

B. CASO BULTÓ (STC 245/1991), LOS LÍMITES DE LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA COMO VÍA DE REPARACIÓN POR LA VULNERACIÓN DEL CEDH AFLORAN

Fue con motivo del asunto Barbera, Messegue y Jabardo, conocido como caso Bulto. Muy resumidamente¹⁴, el asunto Barbera, Messegue y Jabardo, plantea una demanda ante el TEDH contra una condena de la justicia española por delitos de terrorismo¹⁵ impuesta por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional —el 15 de enero de 1982— y confirmada por una sentencia del Tribunal Supremo de 27

miento interno. Esta obsesión por unas sentencias reparadoras —que puede ser discutible desde la perspectiva de las competencias concedidas al TEDH en el Convenio, lo puso de manifiesto el juez Alfred Verdross, en su voto concurrente, en aquella sentencia que se ha calificado de aditiva (STEDH *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, de 10 de marzo de 1972).

¹² STEDH *Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in Education in Belgium*, de 23 de julio de 1968.

¹³ STEDH *Koning v. Germany*, de 10 de marzo de 1980, &19.

¹⁴ Son numerosos los estudios que sobre este caso se han realizado. Entre ellos véase: Pablo Antonio Fernández Sánchez, «La responsabilidad internacional de España en el llamado Caso Bulto», *Poder Judicial*, núm. 17, 1990, p. 121; Concepción Escobar, «Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español del Caso Bulto», *RIE*, 1994, p. 139; A. Soria, La problemática ejecución de las sentencias..., ob. cit., p. 313; y F. Castro Rial, «Consideraciones a la sentencia del TEDH en el Asunto Barbera, Messegue y Jabardo v. España», *RIE*, 1992, p. 789.

¹⁵ Barbera, Messegue y Jabardo son acusados del asesinato del empresario catalán Sr. Bulto, muerto a consecuencia de la explosión de una bomba que había sido colocada en su pecho.

de diciembre de 1982, a la que siguió un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, no admitido a trámite por este órgano a través del ATC 173/1983, de 20 de abril de 1983.

El 6 de diciembre de 1988, el TEDH dicta sentencia condenatoria del Estado español y declara la existencia de una violación del art. 6.1 CEDH en su vertiente al derecho de las personas a un juicio justo. El elemento novedoso se concretaba en que, en el momento en el que el TEDH dicta sentencia, aún se están ejecutando las penas privativas de libertad de dos de los condenados. Como consecuencia de la STEDH, los dos demandantes encarcelados en España¹⁶, instan demanda de nulidad contra la sentencia condenatoria ante la Audiencia Nacional, que por Auto¹⁷ se declara incompetente para entrar en el fondo del asunto, pero consideró fundamentada la petición de los recurrentes al amparo de las normas constitucionales que introducen el Derecho internacional aplicable al caso en el ordenamiento español y suspendió la ejecución de la condena. Es muy interesante que la Audiencia Nacional señalaba la conexión entre la petición de los recurrentes y la competencia al Tribunal Supremo en materia de revisión (arts. 57 LOPJ y 954 LECr). Los recurrentes reiteran la solicitud de nulidad de la sentencia condenatoria, pero ahora ante el Tribunal Supremo, el cual rechaza la pretensión alegando, como sabemos, el carácter declarativo de las sentencias del TEDH, la no concepción del TEDH como última instancia judicial española y la existencia de una laguna en el ordenamiento español para llevar a cabo tal pretensión¹⁸. Como último recurso, los condenados acuden al Tribunal Constitucional en solicitud de amparo, por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva y un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías.

El amparo, que les había sido denegado en 1983 en el mismo proceso, es ahora otorgado en STC 245/1991, de 16 de diciembre de 1991¹⁹, que declara nula las sentencias del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 1990 y de 27 de diciembre de 1982, y la sentencia de la Audiencia Nacional, de 15 de enero de 1982, retro trayendo las

¹⁶ De los tres recurrentes ante el TEDH, el señor Jabardo había extinguido su responsabilidad por licenciamiento definitivo el 6 de septiembre de 1984.

¹⁷ Auto AN de 29 de junio de 1989.

¹⁸ STS de 4 de abril de 1990. Crítica duramente la sentencia AN de 29 de junio de 1989, que tacha de falta de fundamento, legalidad y exceso competencial. A juicio del TS, las Sentencias del TEDH sólo tienen naturaleza declarativa, según se infiere del art. 50 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la propia jurisprudencia del TEDH. Las resoluciones judiciales nacionales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos por las leyes y, en el presente caso, tratándose de una Sentencia firme, no cabe recurso alguno, porque el ordenamiento judicial español no prevé la ejecución de Sentencias internacionales —a diferencia de las Sentencias dictadas por tribunales extranjeros, cuya ejecución pueda llevarse a cabo por Tribunales españoles—. El Tribunal Europeo no es un órgano judicial supranacional, pues el reconocimiento por España de la jurisdicción de dicho TEDH no puede exceder de lo previsto en el art. 46 del Convenio que colateral mente prohíbe dar la naturaleza del tribunal nacional de última instancia definitiva al Tribunal de Estrasburgo. De ahí la imposibilidad de efectos anulatorios de la Sentencias del TEDH en el ordenamiento jurídico español, pues para que ello fuera posible tendría que modificarse la legislación actual, estableciendo un nuevo motivo de revisión de Sentencias firmes, cuando se declare por el TEDH una violación de derechos individuales.

¹⁹ El TC dejó entrever su posición definitiva en un auto de suspensión de la condena de los afectados, un año y medio antes de que se pronunciara a través de sentencia. ATC 312/1990, de 18 de julio.

actuaciones al trámite de inicio del juicio oral. La posición adoptada por el TC puso de manifiesto como, a la luz de una interpretación finalista de las obligaciones derivadas del CEDH, era posible encontrar en nuestro ordenamiento un mecanismo jurídico que, aunque de naturaleza excepcional y actuando de modo indirecto, garantizaba la eficacia de las sentencias dictadas por el TEDH y, con ello, el pleno disfrute de los derechos reconocidos en el Convenio y en la Constitución española.

La STC 245/1991 fue un mecanismo de naturaleza excepcional que tuvo grandes defensores y detractores. Los primeros arguyeron contra los segundos su criticable perspectiva fundamentalmente interna, cuando, sin embargo, desde la óptica del máximo rigor en el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España en la protección de los derechos humanos, había que acoger elogiosamente la decisión constitucional²⁰. En todo caso, nadie negaba que ciertos argumentos del TC eran discutibles, lo que había sido claramente puesto de manifiesto por el magistrado Gimeno Sendra, en un duro voto particular que acompaña a esta sentencia y destila excelente técnica jurídica. La sentencia presenta ciertos razonamientos relevantes. Para el TC, las sentencias del TEDH producen un efecto definitivo en su propio ámbito y no están desprovistas de otros efectos internos; son obligatorias y vinculantes para el Estado español; la declaración del TEDH de que se ha violado el CEDH constituye, asimismo, la violación de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución y deben darse cauces constitucionales para prestar ejecución interna a la decisión internacional²¹.

Sin embargo, el propio TC utiliza un argumento para justificar su actitud, la importante diferencia que poseía el caso y que, a mi parecer, fue el motor de este notable salto cualitativo que dio el TC en su posición: se trataba de una situación en la que uno de los resultados de la violación infringida era la privación de libertad de dos de los inculpados. De mantenerse la infracción constatada por el TEDH, se perpetuaría esa situación de pérdida de libertad y, era más que evidente que, en este caso, no resultaba satisfactorio el establecimiento de una satisfacción equitativa. En definitiva, el TC actuó movido por la realidad de unas obligaciones internacionales y, sobre todo, por la situación especial de pérdida de libertad de las víctimas de la vulneración declarada por el TEDH, para las que el art. 41 del CEDH resultaba ineficaz en términos absolutos.

²⁰ Véase: Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, «Ejecución interna de las sentencias internacionales y protección eficaz de los derechos humanos», en *Estudios Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1995, p. 5281; Alberto Soria Jiménez, *La problemática ejecución de las sentencias...*, ob. cit., p. 338; y C. Escobar, *Problemas planteados por la aplicación...*, ob. cit., p. 146.

²¹ Véase la STC 245/1991, fundamentos jurídicos 2, 3 y 4. El TC no llega a afirmar directa y textualmente que la declaración del TEDH de violación del CEDH equivalga a una declaración nacional de violación de un derecho, pero sí reconoce que la declaración de violación del TEDH implicará una infracción del art. correspondiente de la Constitución, fundamentalmente apoyado en el art. 10.2 de la Constitución, según el cual, el Convenio de Roma es una de las pautas de interpretación de un derecho fundamental, por lo que la apreciación de una violación por el TEDH no es materialmente discutible ni cuestionable por parte de ninguna instancia judicial interna. De no ofrecerse estos cauces, el Estado democrático de Derecho sufriría irremisiblemente al consentir la perpetuación de una situación declarada contraria a derechos fundamentales garantizados por la Constitución.

El TC no pretendió asentar el recurso de amparo como una vía adecuada para ejecutar las sentencias de Estrasburgo. La evolución de la jurisprudencia del TC ha puesto de manifiesto claramente el carácter excepcional de la doctrina de la Sentencia 245/1991. Así, en el caso Ruiz Mateos, el TC negó la ejecución de la STEDH de 23 de junio de 1993²². Sólo casuísticamente se podría saber cuándo el TC considerará que confluyen unas circunstancias extremas similares a las del caso Bultó. A mi juicio, la Sentencia 245/91 debe ser positivamente valorada; fue la respuesta a unas exigencias de justicia material, que debe ser calificada, en términos globales, de acertada. No obstante, continuaba siendo necesario llevar a cabo una reforma legislativa que introdujera en nuestro sistema jurídico mecanismos que permitieran la ejecución directa ante la jurisdicción ordinaria de las sentencias del TEDH. Y así lo expreso el propio TC en la STC 245/1991: *para coordinar adecuadamente la tutela del derecho reconocido en el Convenio y la tutela del derecho fundamental reconocida en la Constitución, el Poder legislativo debería establecer cauces procesales adecuados a través de los cuales sea posible articular, ante los órganos del Poder Judicial, la eficacia de las resoluciones del TEDH en aquellos supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, se haya declarado la infracción de derechos fundamentales en la imposición de una condena penal que se encuentra aún en trámite de ejecución. En tanto que tales reformas no se establezcan, este Tribunal no puede sustraerse de conocer la alegada infracción del derecho a un proceso justo con todas las garantías, dado que se trata de un derecho fundamental protegible en amparo, y la vulneración del derecho fundamental sólo es susceptible de reparación efectiva mediante la pérdida de efectos de la decisión judicial condenatoria de origen*²³.

II. La evolución del problema: la posición del TS y del TC

A. ASUNTO PRADO BUGALLO: RESPUESTAS ANTE LA INACCIÓN DEL LEGISLADOR

Especialmente relevante resulta el ATS de 29 de abril de 2004 en el asunto Prado Bugallo²⁴. El elemento más relevante de este Auto, a efectos de nuestro interés, es que el TS —reaccionando ante la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el caso Bultó—, decidió que la solicitud de Prado Bugallo de ejecución de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁵, que había estimado la vulneración su derecho a la intimidad por las escuchas telefónicas, debía ser valorada como una peti-

²² Se trata de la STC 186/1995, de 11 de diciembre de 1995.

²³ STC 245/1991, FJ 5.

²⁴ J. R. Prado Bugallo, más conocido como Sito Miñanco, fue condenado en los años noventa por la AN a 20 años de prisión por tráfico de drogas, evasión de impuestos y falsificación de documentos. Miñanco inició un proceso judicial contra las escuchas telefónicas autorizadas por el instructor Baltasar Garzón, al considerar que violaron su intimidad. El proceso finalizó en 2003, cuando el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo Sentencia de 18 de febrero de 2003, condenó al Estado español a indemnizar al narco-traficante con 7.000 euros, aunque no tuvo efectos penales.

²⁵ Mediante Sentencia de 18 de febrero de 2003, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima parcialmente la demanda del Sr. Prado Bugallo y, en relación con la intervención de sus comunicaciones telefónicas, declaró que se ha producido una vulneración del art. 8 del Convenio. El demandante se quejaba

ción de autorización para interponer un recurso de revisión. Para el TS se trataba del supuesto del art. 954.4 LeCrim: nuevas pruebas que evidencian y desvirtúan las pruebas que, en su día, se tuvieron en cuenta para la condena, siendo las nuevas pruebas la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que había declarado que algunas de las pruebas utilizadas en el juicio para la condena habían sido obtenidas en vulneración de un derecho fundamental. De esta forma, el Tribunal Supremo abrió la posibilidad de acudir al recurso de revisión invocando la existencia de un hecho nuevo, sin perjuicio de que en este caso inadmitió el recurso de revisión.

El recurrente interpuso recurso de amparo ante el TC²⁶. La STC 70/2007 de 16 de abril, desestima el amparo con el argumento de que el Auto del Tribunal Supremo que deniega la autorización para la revisión declaraba que, la sentencia de condena, no solo ni principalmente se basaba en las escuchas telefónicas, como prueba para enervar la presunción de inocencia que protegía al acusado, pues otras pruebas de cargo independientes de las escuchas telefónicas eran suficientes para enervar la presunción de inocencia y construir el mismo relato fáctico que en su día el Tribunal declaró probado. No había vulneración de la tutela judicial efectiva, porque la solicitud de revisión se había resuelto conforme a los cánones del artículo 24.1 CE.

B. ASUNTO *RIERA BLUME Y OTROS C. ESPAÑA*: STC 240/2005, DE 10 DE OCTUBRE

La STC 240/2005 merece ser destacada porque en ella el TC afirma que una sentencia del TEDH no es, a priori, un hecho nuevo, pero sí puede ser causa de apertura de un procedimiento en revisión, *si evidencia la equivocación de un fallo*, porque esa evidencia, contenida en una sentencia del TEDH, sí es un hecho nuevo. Este es, a mi juicio, un elemento que debemos recordar, de cara a la autorización de la revisión por el TS ante una sentencia del TEDH. Los demandantes de amparo fueron condenados por la autoría de un delito de intrusismo y dos delitos relativos a la prostitución a penas de prisión y multas²⁷. Dichas penas fueron completamente ejecutadas. A pesar de la

de que la legislación española aplicable a las intervenciones telefónicas no respondía a la condición de previsibilidad enunciada en el art. 8.2 del Convenio.

²⁶ Recursos de amparo acumulados núms. 1404-2003 y 7314-2004, promovidos por don José Ramón Prado Bugallo, el primero contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 1889/1994, de 31 de octubre, parcialmente desestimatoria del recurso de casación contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 26 de junio de 1993, condenatoria por delitos de tráfico de drogas y de falsedad en documento de identidad; el segundo recurso se dirige contra el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2004, desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones contra el Auto de 29 de abril de 2004 que acordaba no autorizar la interposición del recurso de revisión.

²⁷ Los demandantes de amparo habían constituido y dirigido el centro esotérico de investigaciones (CEIS) y, a través de él, presentándose como psicólogos y utilizando técnicas de captación y control psicológicos, consiguieron la total adhesión de múltiples personas, que pagaban importantes cantidades de dinero a los dirigentes. Algunos de los adeptos fueron inducidos al ejercicio de la prostitución para generar ingresos para la organización, llegándose incluso a crear una agencia para encauzar tal actividad. Algunas de las víctimas del delito habían sido privadas ilegalmente de libertad durante la instrucción de la causa con la intención de obtener información y algunas de esas víctimas demandaron a España ante el TEDH. Por tanto, los

extinción de su responsabilidad penal los recurrentes instaron la revisión del fallo que les condenaba por entender que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de octubre de 1999, en el asunto Riera Blume y otros c. España²⁸, evidenciaba su inocencia, al declarar que algunas de las víctimas del delito que habían testificado en el juicio habían sido privadas ilegalmente de libertad durante la instrucción de la causa. Quede claro, que los demandantes de amparo no eran los destinatarios de la sentencia del TEDH, pero sí pretendían beneficiarse de ella por la incidencia que pudiera tener, en el procedimiento que les condenó, la vulneración de un derecho fundamental declarada por el TEDH. Solicitada la revisión del fallo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo inadmite el recurso de revisión por considerar, en síntesis, que ni la Sentencia invocada constituía un hecho nuevo a los efectos de proceder a la revisión de la condena ni, en cualquier caso, de serlo, incidiría en el sentido de la Sentencia condenatoria que se pretende anular.

En la STC 240/2005, de 10 de octubre, el Tribunal afirma que una

«[...] interpretación del art. 954.4 LECrim que excluya la subsunción de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de este tipo en el concepto de “hecho nuevo” se opone al principio de interpretación *pro actione* .../... que se trata de una decisión de inadmisión que por su rigorismo y por su formalismo excesivo revela una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan —especialmente la seguridad jurídica que deriva de la intangibilidad de las Sentencias firmes— y los intereses que sacrifican, que en este caso es, ni más ni menos, que un derecho fundamental como el derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 CE. No cabe duda de que una declaración como la contenida en la Sentencia ahora invocada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede en hipótesis evidenciar “la equivocación de un fallo” condenatorio de personas distintas a las beneficiadas por aquella declaración, por lo que parece evidente que, frente a esta declaración no puede prevalecer “el efecto preclusivo de la Sentencia condenatoria” (STC 150/1997, FJ 5). Para evitar este resultado contrario a la Constitución debe entenderse que, con la incorporación a nuestro ordenamiento de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la expresión “hechos nuevos... que evidencien la inocencia del condenado” del art. 954.4 LECrim, debe interpretarse de modo que en él se incluyan las declaraciones de dicho Tribunal que puedan afectar a procedimientos distintos a aquellos en los tiene origen dicha declaración».

demandantes de amparo no eran los beneficiarios de la condena a España del TEDH y no se solicitaba, de forma directa, la ejecución de la sentencia del TEDH, sino el reconocimiento de los efectos que esa sentencia pudiera tener en la condena del delito de intrusismo y prostitución.

²⁸ Siete de las personas captadas por los condenados y demandantes de amparo, demandaron a España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la privación de libertad que habían sufrido por un período cercano a los diez días tras la incoación de las diligencias previas que culminaron, en primera instancia, en dicha Sentencia. En respuesta a esta demanda, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de octubre de 1999 (asunto Riera Blume y otros c. España) declaró que se había producido una vulneración del artículo 5.1 del Convenio europeo de derechos humanos y que el Estado español debía abonar a cada uno de los demandados la cantidad de 250.000 pesetas en concepto de daño moral.

Es muy importante señalar que el TC declara inmediatamente que:

«[...] no sucederá lo mismo en los supuestos en los que la cuestión consista en el restablecimiento del derecho declarado vulnerado por el Tribunal Europeo y en los que tal restablecimiento exija una anulación de una sentencia firme que dicho Tribunal no puede acordar. En estos casos hemos considerado razonable desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva que el Tribunal Supremo entienda que el ordenamiento no le permite acometer dicha anulación a través de un proceso de revisión (ATC 96/2001, de 24 de abril), porque no se trata en rigor de un hecho nuevo, externo al proceso, sino de un nuevo examen de lo en su día ya examinado. En ese sentido, podemos afirmar que para el TC una sentencia del TEDH no es —obviamente— un hecho nuevo, pero sí puede ser causa de apertura de un procedimiento si evidencia la equivocación de un fallo».

Esta STC 240/2005 tiene otro elemento que hay que destacar: determina que la denegación de acceso al legalmente denominado «recurso de revisión» es una denegación de acceso a la jurisdicción y no, frente a la apariencia, una denegación de acceso a un recurso. Para el TC:

«La precisión es importante porque a la vista de la diferente trascendencia de cada manifestación de la tutela judicial son diferentes sus contenidos esenciales, resultando a partir de ello más incisivo el canon de control constitucional del primer tipo de decisiones que el del segundo, con la excepción en este caso de las resoluciones de acceso al recurso del penalmente condenado. Así, en efecto, mientras que son constitucionalmente aceptables las decisiones de inadmisión del recurso —cuya existencia, por lo demás, no viene constitucionalmente impuesta, salvo en materia penal a favor del condenado— que no supongan una interpretación de la legalidad procesal manifiestamente irrazonable, arbitraria o fruto del error patente, las reglas de acceso a la jurisdicción no pueden interpretarse de un modo rigorista, o excesivamente formalista, o de cualquier otro modo que revele una clara desproporción entre los fines estas reglas preservan y los intereses que sacrifican» (FJ 2).

No obstante, en el caso que analizamos el Tribunal desestimó el amparo porque la sentencia del TEDH no producía los efectos pretendidos por los demandantes y el juicio que habían tenido se sustentaba en razonamientos sobrados para constatar los hechos probados. En consecuencia, no se había producido una denegación infundada o desproporcionada del acceso a la jurisdicción.

C. ASUNTO FUENTES BOBO: STC 197/2006 DE 3 DE JULIO

El recurrente solicitó revisión sobre la base de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de febrero de 2000, que declaró que la sanción de despido vulneró el art. 10 CEDH —derecho a la libertad de expresión— y, en aplicación del art. 41 CEDH, condenó al Estado español a abonar al demandante un millón de pesetas en concepto de indemnización por daño material y moral y 750.000 pesetas por costas

y gastos. El recurrente presentó amparo por estimar que al rechazar la revisión pretendida se denegaba arbitrariamente la ejecución de la sentencia del TEDH. La STC 197/2006 denegó el amparo con un doble argumento: i) a diferencia del caso de la STC 245/1991, no cabía sostener el carácter actual o subsistente de la violación del derecho a la libertad de expresión del recurrente, pues la lesión de la libertad de expresión del recurrente, que se produjo al ser despedido de su puesto en TVE no subsiste en el momento actual, sin que los efectos derivados de la pérdida del puesto de trabajo, como consecuencia del despido, supongan el mantenimiento de la lesión del referido derecho fundamental²⁹ y ii) el perjuicio que aquella lesión pudo causar al recurrente, fue reparado con la correspondiente satisfacción equitativa otorgada por el TEDH al recurrente, por los perjuicios económicos y morales causados y, dicha ejecución fue oportuna y satisfactoriamente supervisada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Esa sentencia tiene un voto particular de magistrado Pablo Pérez Tremps, en el que el magistrado señala que habiendo hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos uso de la potestad de fijación de «satisfacción equitativa» que le otorga el art. 41 CEDH, la Sentencia Fuentes Bobo c. España, de 29 de febrero de 2000, ya había sido correctamente ejecutada a todos los efectos y la desestimación de la demanda de amparo debería haberse basado, sólo y exclusivamente, en que la STEDH Fuentes Bobo c. España ya estaba ejecutada, una vez satisfecha la indemnización fijada por dicha Sentencia, sin incorporar la valoración de la persistencia de la lesión actual, lo que podía llevar a la confusión. El voto particular del magistrado Pérez Tremps nos pone ante la pregunta de si son compatibles la satisfacción equitativa con la necesidad de revisión de un procedimiento, caso de que persista la lesión declarada por el TEDH en la sentencia de condena dictada contra España. Esa es, precisamente, una de las claves de la interpretación de la reforma legislativa operada en España con la LO 7/2015, de 21 de julio.

D. DE NUEVO EN LA ENCRUCIJADA: LA LESIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD (ART. 17 CE) EN EL ASUNTO INÉS DEL RIO PRADA

El 21 de octubre de 2013, el TEDH condena definitivamente a España por la conocida como *doctrina Parot* que, a su parecer, vulneraba los artículos 7 y 5 del CEDH —principio de legalidad penal y derecho a la libertad respectivamente— en el asunto Inés del Río Prada. De gran impacto en todos los órdenes, la sentencia tiene implicaciones importantes, pero a los efectos que nos interesan en este estudio, emergía otra vez el problema de la ejecución directa en nuestro país de las sentencias del TEDH y planteaba un supuesto similar al caso Bultó.

En aplicación de la jurisprudencia del TS conocida como *doctrina Parot*, Inés del Río Prada permanecía en prisión. La *doctrina Parot* había supuesto un giro radial³⁰ en

²⁹ En STC 313/2005, el TC, en un supuesto de condena penal que, entre otros efectos, determinó la pérdida de empleo de un militar de carrera, ya negó la persistencia de los efectos.

³⁰ La jurisprudencia en relación con el cómputo de la redención de pena en caso de causas acumuladas había dado un giro radical con la STS de 28 de febrero de 2006 (as. 197/2006), el TS estableció que, tras la acumulación de penas, el máximo de treinta años resultante de la aplicación del art. 70 CP 1973 surgía y

el cómputo de la redención de pena y, a la vista de la nueva jurisprudencia, la AN, en el caso que nos ocupa, modificó la fecha para el licenciamiento definitivo propuesta por la autoridad penitenciaria —2 de julio de 2008— y estableció el 27 de junio de 2017. Agotados todos los recursos internos a disposición de la demandante, el 3 de agosto de 2009 la recurrente interpuso demanda contra España ante el TEDH. Alegó que su mantenimiento en prisión desde el 3 de julio de 2008 vulneraba los arts. 7 y 5 CEDH, principio de legalidad penal y derecho a la libertad, pues la aplicación retroactiva de una jurisprudencia del TS producida después de su condena implicó un incremento de su pena de privación de libertad de casi nueve años.

Pese a la similitud con el caso Bultó, es importante señalar que, mientras que en aquél asunto, el TEDH declaró la vulneración del artículo 6 CEDH —derecho a un juicio equitativo—, en el caso Del Rio Prada, lejos de limitarse a la declaración de la vulneración de los derechos del CEDH, el TEDH ha afirmó:

«No obstante, excepcionalmente, el tribunal ha dado paso más para ayudar al estado demandado a cumplir sus obligaciones en virtud del artículo 46, cuando se ha encontrado que la naturaleza misma de la violación constatada no ofrecería realmente una alternativa entre distintas clases de medidas susceptibles de poder. En estos casos, el tribunal muy excepcionalmente ha incidido en que el estado lleve a cabo la única medida individual por la que se podía proceder a la ejecución de la sentencia dictada. Para el tribunal, el caso que nos ocupa pertenece a esta categoría de asuntos en los que las circunstancias particulares y la necesidad urgente de poner fin a la violación del artículo 7 y 5 del Convenio permite que el Tribunal solicite al Estado asegurar la puesta en libertad de la demandante en el plazo más breve posible»³¹.

El fallo también concedió a la recurrente el pago de una satisfacción equitativa de 30.000 euros.

Así las cosas, por Auto de 22 de octubre de 2013 (61/2013), la Sala de lo Penal de la AN acordó por unanimidad la puesta en libertad inmediata de Inés del Río, lo que se cumplió por Instituciones Penitenciarias en la misma tarde del 22 de octubre. Los argumentos de la Audiencia fueron los siguientes: a) El TEDH ha declarado la existencia de una violación del convenio —la privación de libertad irregular que se mantiene—, cuya naturaleza hace que el Estado demandado sólo tenga una opción para reparar el daño, a saber, la puesta en libertad de la recurrente en el plazo más breve posible. b) El TEDH es el órgano cualificado para la interpretación del CDEH y sus decisiones son obligatorias y vinculantes. Los jueces y tribunales están sometidos con

actuaba como una nueva pena, propia y autónoma, sobre la cual se aplicaban los beneficios penitenciarios previstos en el mismo CP, tales como la puesta en libertad condicional y las redenciones de pena (FJ 5). TS declarar que los beneficios y redenciones de pena que procedan se aplicarán con respecto a cada una de las penas impuestas, que éstas se cumplirán por orden de gravedad, de mayor a menor, y, una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente y así sucesivamente hasta que se alcance la limitación dispuesta en la regla segunda del art. 70 CP 1973. Llegado a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas.

³¹ Parágrafos 82 y 83 de la STEDH de 21 de octubre de 2013.

exclusividad de la ley y sujeción a la ley, en este caso, significa vinculación al CEDH y a las decisiones de su órgano de garantía jurisdiccional. c) La STEDH de 21 de octubre de 2013 es clara y contundente y la misión de asegurar la puesta en libertad de la recurrente concierne, en primer lugar, a esta Sala de la AN, en tanto que órgano de ejecución al que se encuentra sometida la recurrente. Es importante señalar que la vulneración del CEDH se produce en una ejecutoria, un proceso judicial por naturaleza dinámico y en evolución, que debe adaptarse en cuanto a la determinación de la fecha de licenciamiento y extinción de la responsabilidad penal a las circunstancias del propio cumplimiento, especialmente cuando concurren beneficios penitenciarios como la redención de penas. d) Si la jurisdicción ordinaria no ejecuta de manera adecuada la sentencia del TEDH será el TC el que tendrá que reaccionar, anulando una decisión contraria a Derecho. Así se desprende de su STC 245/1991 cuando establece que, ante la inexistencia en el Derecho interno de un mecanismo procesal adecuado para la reapertura del procedimiento en el que se produjo en la lesión del derecho fundamental, podrá él proceder, de manera excepcional, a la rescisión de la resolución judicial lesiva del derecho fundamental, siempre que se cumpla el requisito de la lesión actual. e) En conclusión, sin necesidad de provocar un recurso de amparo, la AN ha de dar cumplimiento a la sentencia de la Gran Sala, revisando las decisiones que mantienen la situación de privación de libertad.

En este contexto, el 21 de octubre de 2014, el Pleno de la Sala de lo Penal del Supremo adoptó por unanimidad un acuerdo y estableció el recurso de revisión como cauce para ejecutar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mientras no exista en el ordenamiento jurídico español una previsión legal al respecto: *En tanto no exista en el ordenamiento jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de derechos fundamentales de un condenado por los tribunales españoles, el recurso de revisión del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cumple este cometido.*

III. La reforma de la LO 7/2015, de 21 de julio

A. LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD IMPUESTOS POR LA REFORMA DE LA LEY 7/2015 DE 21 DE JULIO

Por fin la LO 7/2015, de 21 de julio, de reforma de la LOPJ (en vigor el 1 de octubre de 2015) introduce el recurso de revisión como vía para lograr la efectividad de las STEDH. Se produce la reforma el art. 510 LEC, 102 LJCA, art. 328 LPM (Ley Procesal Militar) y 328 LECrim³². El texto común a las cuatro modificaciones es: *Se*

³² Las reformas operaron en los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso — administrativo y militar: artículo 510 Ley de Enjuiciamiento Civil, redactado por el apartado trece de la disposición final cuarta de la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 22 julio); artículo 102 Ley Reguladora de la Administración Contencioso-Administrativa, redactado por el apartado tres de la disposición final tercera de la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 22 julio); artículo 954 Ley de Enjuiciamiento

podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. En el ámbito penal, al objeto de evitar la extensión de los efectos de las STEDH a otros casos análogos, como ocurrió con la derogación de la doctrina Parot, en la reforma de la LECrim, se añade: *En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de 1 año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido tribunal.*

Sin perjuicio de que la norma menciona antes la naturaleza y la gravedad de la vulneración que la persistencia de los efectos, a los efectos de nuestro análisis me resulta más claro el análisis invertido respecto del orden impuesto por el legislador, en la medida en que la naturaleza y la gravedad se predicen de los efectos persistentes, por lo que resulta preferible saber a qué hemos de llamar efectos persistentes. No obstante, este orden es meramente a efectos discursivos... y tanto monta, monta tanto, Isabel como Fernando.

1. *Efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.* J. Hernández³³ ha afirmado que se pueden diferenciar entre efectos directos e indirectos. Los primeros son aquellos que se visualizan porque la violación del derecho fundamental se mantiene en el tiempo y la lesión no ha desaparecido, lo que se pone de manifiesto ante vulneraciones como el derecho a la libertad personal del artículo 5 CEDH, o el derecho a la legalidad penal del artículo 7 CEDH. A su parecer, en estos supuestos es clara la reparación a través de la revisión, que anula la resolución judicial vulneradora del propio CEDH. Pero también existen los denominados efectos indirectos. Se trata de casos en los que la vulneración del derecho ya se ha producido y han cesado sus efectos limitativos directos y la lesión del derecho fundamental sustantivo está agotado desde el mismo momento en que se produjo, sin que resulte necesario ordenar su cese. No obstante, la vulneración directa del derecho ha provocado efectos lesivos de otros derechos fundamentales, con los que cabe trazar una conexión causal y normativa. En estos supuestos, se reclama trazar una relación de antijuridicidad entre la violación del derecho fundamental declarado por el TEDH y los efectos de naturaleza indirecta que pueden derivarse de la misma. En opinión del autor, la persistencia de los efectos que está prevista como requisito de admisibilidad el recurso de

Criminal, redactado por el apartado quince del artículo único de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (BOE de 6 octubre); artículo 328 Ley Orgánica Procesal Militar, redactado por el apartado uno de la disposición final segunda de la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 22 julio).

³³ El autor citado es Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: véase J. Hernández García: «Notas sobre el recurso de revisión penal para la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Cristina Izquierdo Sans y María García Casas, *Litigación internacional para la defensa de los derechos humanos*, Colex, Madrid, 2022, pp. 127-156.

revisión en el artículo 954.3 LECrím, se refiere tanto a los efectos directos como los indirectos, siempre que se pueda trazar una relación causal, significativa con la lesión convencional. A su parecer, no hay duda de que por efectos persistentes se deben incluir los efectos indirectos y, en este sentido, llega incluso a afirmar que solo hay un supuesto en el que se hace innecesaria la revisión, porque el efecto perjudicial ha sido neutralizado: aquellos casos en los que el Gobierno de la nación ha concedido un indulto, total o parcial. Añadir, que J. Hernández entiende que la persistencia de los efectos va unida a el requisito de que sea indispensable el mecanismo revisor para que cesen los efectos, de manera que correrá la misma suerte que la evaluación relativa a la persistencia de los efectos. Por mi parte, tengo mis dudas de que no se trate de una interpretación de la persistencia de los efectos en exceso extensa, que pueda comportar resultados poco razonables, como en algún caso se ha puesto de manifiesto.

2. *La naturaleza y gravedad de la vulneración.* En primer lugar, debo afirmar que creo que el legislador ha establecido dos requisitos para la admisión del recurso de revisión que no son totalmente autónomos, sino que podrían calificarse de interdependientes. Pareciera que los efectos persisten porque la naturaleza de la gravedad de la vulneración declarada por el TEDH no permite otra cosa.

El magistrado J. Hernández afirma que cuando el legislador incorpora *la naturaleza y la gravedad de la violación*, se trata de una cláusula que está redactada sin una clara función regulativa, por estar conectada con la violación apreciada por el Tribunal Europeo y esa misma conexión la deja vacía de contenido y la vuelve inútil. Para este autor, cuando el Tribunal Europeo declara la violación de derecho convencional, siempre se está afirmando su gravedad, porque la gravedad de la lesión constituye un presupuesto material de la admisión de la demanda en el TEDH, como consecuencia de la reforma del artículo 35 CEDH —Protocolo 14— y la introducción del requisito de «perjuicio importante» que, como sabemos, puede justificar la inadmisión de la demanda por el TEDH.

Tengo para mí que el legislador no vinculaba el requisito del perjuicio importante para la admisibilidad de una demanda ante el TEDH con la naturaleza y gravedad de la violación. Si creo, sin embargo, que el legislador reflexionaba alrededor de la teoría de la lesión actual construida por nuestro Tribunal Constitucional y tenía presente que el motor de la reforma procesal que estaba armando era la imposibilidad de reparar lesiones de derechos humanos a través de una indemnización —satisfacción equitativa— en supuestos en los que no había cesado la vulneración de una derecho fundamental que protegía valores hasta tal punto supremos —la vida, las torturas o tratos inhumanos o degradantes o la libertad personal— que se tachan de inderogables en los catálogos internacionales de derechos humanos. No en vano, el art. 15 CEDH permite la derogación de los derechos del Convenio en caso de estado de excepción, guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación, en la estricta medida en que lo exija la situación, pero, en su párrafo dos, declara que la disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2 —vida—, 3 —torturas— 4 —esclavitud—y 7 —legalidad penal— principio que, habitualmente, acompaña a la vulneración del derecho a la libertad.

B. LA OPCIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN: LUCES Y SOMBRAS

Creo no equivocarme si afirmo que muchos pensamos³⁴ que la reforma era el final de la dificultad que, ocasionalmente, habían planteado las sentencias del TEDH para su ejecución en España. Y digo bien cuando afirmo *el final de una dificultad ocasional* en la ejecución de las sentencias del TEDH porque, a mi entender, la situación de España en relación con la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo es, en términos generales, muy satisfactoria y nuestro país se ha posicionado tradicionalmente como uno de los países que ha tratado siempre de dar la mayor efectividad posible a las sentencias del Tribunal europeo. No obstante, era cierto que el texto de la reforma necesitaba la interpretación de algunos de sus términos: *siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión*.

Incluso con la existencia de cierto margen de actuación en la interpretación de la norma que, obviamente, estaba en manos del Tribunal Supremo, tenía la convicción de que el Alto Tribunal llevaría a cabo una interpretación restrictiva del uso del recurso de revisión. Las razones que me llevaban a pensar así eran patentes o, al menos, a mí me lo parecían: la redacción de la reforma tenía una clara inspiración en la doctrina constitucional construida en la STC 245/1991³⁵ y aquella doctrina —que a mí siempre me pareció acertada— llevaba derechamente a la continuidad en la aplicación del artículo 41 CEDH, conforme había puesto de relieve el propio TC en los casos posteriores. En definitiva, la regla general sería la reparación de daño a través de la satisfacción equitativa, para evitar que, en todos los casos en los que el TEDH declaró la existencia de una vulneración del CEDH, las resoluciones judiciales internas tuvieran que ser anuladas. Se reservaría —pensaba yo— el recurso de revisión para los casos excepcionales, en los que la aplicación del art. 41 del CEDH no resultaba efectivo, la lesión persistía o, también, la STEDH *evidencia la equivocación de un fallo*, porque esa equivocación, sí justificaría la revisión. Pero este encaje de piezas reclamaba limitar el alcance de los requisitos de admisión dispuestos por el legislador, a saber, la gravedad de la violación y la persistencia de efectos que no pueden cesar de ningún otro modo

³⁴ Carmen Montesinos Padilla: «El recurso de revisión como cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo pasado presente y futuro», *Economía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, 2016. La autora se expresa en el siguiente sentido: el reconocimiento de la existencia de una sentencia condenatoria del TEDH como motivo expreso de revisión de resoluciones firmes constituye un avance significativo en el ordenamiento jurídico español en materia de protección de derechos. Como ella, otros autores se congratularon por el hecho de que el legislador incorporara, formalmente, lo que el Tribunal Supremo había incorporado oficiosamente a través de un acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014. No era discutible que debía ser bienvenida una vía procesal que permitía la reapertura de un procedimiento interno para casos excepcionales y extraordinarios.

³⁵ La STC 245/1991 es la dictada por el TC en el asunto Barberá, Meseguer y Jabardo, en la que el TC ejecutó la sentencia del Tribunal Europeo argumentando que, como garante de los derechos fundamentales en España, debía reparar una lesión de un derecho fundamental que persistía (los condenados estaban en prisión con fundamento en una condena que el TEDH había declarado dictada en vulneración de las garantías del proceso).

que no sea mediante la revisión. Y nuestro Tribunal Supremo, como veremos, no en todos los casos lo ha entendido así.

Corresponde ahora conocer la aplicación de la reforma por el TS. No obstante, antes de ello, quisiera aportar unos someros apuntes teóricos sobre la opción del legislador por el recurso de revisión, pues activar el recurso de revisión generaba, de inicio, muchas dudas en la doctrina procesal, dudas que han hecho poco ruido pero que, conocidas, pueden resultar útiles para entender algo mejor el proceso reflexivo del TS.

En términos generales los procesalistas señalan que la naturaleza del recurso de revisión no se ajusta con la dinámica de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁶. Julio César Sánchez Montenegro³⁷ ha llamado la atención en el hecho de que el recurso de revisión tiene como efecto el reconocimiento y la rectificación del error judicial contenido en la resolución que se anula, con el objeto de comportar —en el ámbito penal— la demostración de la inocencia del penado. Mientras, las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo se fundamentan en la violación de derechos fundamentales y conducen a la nulidad de actuaciones, con el efecto de retroacción de actuaciones y rehabilitación del derecho fundamental vulnerado, que no es lo mismo. Para el autor, el indicado efecto retroactivo no cabe predicarlo en muchos de los supuestos del recurso de revisión, pues cuando la sentencia condenatoria firme fue dictada en casación o apelación, la estimación del recurso de revisión declara la nulidad de la sentencia condenatoria y mantiene la sentencia absolutoria, sin que, obviamente, sea preciso activar la nulidad de actuaciones. Claramente, existe un desencuentro en relación con el objetivo perseguido en uno y otro camino procesal.

En relación con ese desajuste, J. Hernández³⁸ ha sido muy explícito. Este magistrado del Tribunal Supremo ha afirmado que el recurso de revisión aplicado a la ejecución de las sentencias del TEDH, actuará como un instrumento de la *restitutio* y en cumplimiento de las obligaciones convencionales asumidas por España, pero, a su parecer, no era ni la única ni la mejor fórmula reparatoria, especialmente si atendemos al derecho fundamental vulnerado. J. Hernández incide en la idea de que el fundamento y la finalidad del recurso de revisión reside en el imperativo de rectificación del error judicial contenido en la sentencia firme y, en definitiva, la acción revisoria pretende resolver la pugna que un error judicial ha creado entre dos principios, por un lado, el de seguridad jurídica y, por otro, el de justicia, haciendo prevalecer este último, por ser —sin duda— *primus inter pares* en la jerarquía de valores de todo ordenamiento jurídico. A partir de ahí, hace un juicio duro de la acción del legislador en la LO 7/2015, de 21 de julio: ha aprovechado un cauce que el Tribunal Supremo ya había explorado, precisamente, porque ya existía, pero el resultado, a su parecer —*pese a la imperiosa necesidad regulativa que se arrastraba desde hace décadas*—, *no puede calificarse, ni mucho menos, de óptimo, pues la regulación del*

³⁶ <https://www.iberley.es/temas/recurso-revision-proceso-civil-54881>. Ahí pueden leerse algunas notas interesantes sobre el proceso de revisión civil.

³⁷ Julio César Sánchez Montenegro, *El recurso de revisión penal. Completo estudio de toda la jurisprudencia en la materia y modificaciones introducidas por la Ley 41/2015*, 2.ª ed., Edisofer, Madrid, 2017.

³⁸ Javier Hernández García, ob. cit., p. 131.

*incidente reparatorio mediante el recurso de revisión se presenta rígida, asistemática y manifiestamente incompleta*³⁹. La rigidez hace referencia a ese desencuentro de objetivos entre la revisión entre los objetivos que pretende cumplir el recurso de revisión y, por otro, los efectos que pretende desplegar una sentencia del TEDH.

IV. El muestrario de los años de aplicación del recurso de revisión

Los primeros casos en los que el Tribunal Supremo admite el recurso de revisión para la ejecución de una sentencia del TEDH datan del año 2015 y son el resultado del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del 21 de octubre de 2014, antes mencionado. En la STS 145/2015, de 12 de marzo, la parte recurrente en revisión había sido absuelta en la instancia y condenada en apelación, pero la STEDH de 25 de octubre de 2011⁴⁰ —*Almenara Álvarez*—, condenó a España porque la Audiencia provincial había impuesto la condena sin oír a la demandante y sin concederle un examen contradictorio en la audiencia pública. Pese a que el TEDH concedió una satisfacción equitativa, la recurrente promovió recurso de revisión, considerando como hecho nuevo la sentencia dictada por el TEDH, con apoyo legal en el artículo 954.4 LECrim. El recurso de revisión fue estimado y asunto devuelto a la Audiencia provincial, para que decidirá sobre la conveniencia de oír personalmente al demandante y a los testigos, que no habían sido oídos en el procedimiento de apelación. Así, la STEDH de 25 de octubre de 2011⁴¹, suma en su ejecución la satisfacción equitativa del artículo 41 CEDH y la revisión del procedimiento acordada por el Tribunal Supremo.

La STS 177/2015, de 26 de marzo, el recurrente en revisión había sido absuelto de un delito contra el medio ambiente en la instancia y condenado en casación. La STEDH de 27 de noviembre de 2012, *Asunto Vilanova Goterris y Llop García contra España*, condenó a España por vulneración del artículo 6.1 CEDH, porque no se habían respetado en el procedimiento de casación los principios de inmediación y contradicción. El TEDH aplicó el art. 41 CEDH y, habida cuenta de las circunstancias del caso y resolviendo sobre una base equitativa, concedió a cada uno de los demandantes, el importe de 3.000 euros en concepto de daño moral sufrido y 7.500 euros en concepto de gastos y costas. Pese a la satisfacción equitativa, el recurrente promovió recurso de revisión, considerando como hecho nuevo la sentencia dictada por el TEDH, con apoyo legal en el artículo 954.4 LECrim. El recurso de revisión fue estimado por STS 177/2015,

³⁹ Los rasgos de asistemática y manifiestamente incompleta describen los problemas que presenta la configuración de la legitimación activa, que también trata el autor en su estudio, así como las resoluciones susceptibles de revisión. No tratamos en estas cuestiones porque no resultan relevantes a efectos de nuestro estudio.

⁴⁰ Caso *Almenara Álvarez contra España*, Demanda núm. 16096/08. El TEDH condena a España por vulneración del art. 6.1 CEDH a una satisfacción equitativa de 8.000 € (ocho mil euros) por daño moral y 4.000 € (cuatro mil euros) por costas y gastos.

⁴¹ La STC 201/2012 incorporó la doctrina del TEDH en el asunto *Almenara Álvarez contra España* a la doctrina constitucional.

de 26 de marzo y la sentencia de casación condenatoria fue anulada. De nuevo, la STEDH de 27 de noviembre de 2012, sumó en su ejecución la satisfacción equitativa del artículo 41 CEDH y la revisión del procedimiento acordada por el Tribunal Supremo.

Un tercer caso tiene su origen en la *STEDH Serrano Contreras c. España, de 20 de marzo de 2012*. Conocido asunto porque ha dado lugar a dos sentencias del Tribunal Europeo. El recurrente en revisión había sido absuelto en la instancia y condenado en casación por un delito de falsedad en documento oficial, por estafa y por falsedad en documento mercantil. El Tribunal Europeo apreció la vulneración del artículo 6.1 CEDH, pues el Tribunal Supremo había impuesto la condena sin haber oído al demandante. Mediante la STS 330/2015, de 19 de mayo, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de revisión, pero interpretó que la violación del artículo 6.1 CEDH declarada por el TEDH se refería únicamente al delito de falsedad en documento oficial. El demandante volvió a acudir al TEDH⁴², que dictó una segunda sentencia condenando a España, el 26 de octubre de 2021, afirmando que del conjunto de la STEDH de 209 de marzo de 2012, se desprendía que la vulneración del artículo 6.1 CEDH se refería a los tres delitos por los que había sido condenado el demandante y, el Tribunal Supremo, al hacer su propia interpretación de la sentencia del Tribunal Europeo, había vulnerado el artículo 6.1 CEDH y se había excedido del margen de apreciación de las autoridades nacionales, tergiversando el fallo de la STEDH de 20 de marzo de 2012. El Tribunal Europeo condenó a España al pago de una satisfacción equitativa de 9.600 € + 6.452 € en concepto de costas y gastos. No obstante, pese a la ejecución a través de la satisfacción equitativa, el Tribunal Supremo dictó la STS 4874/2022, en la que estimó el recurso de revisión presentado por el recurrente en virtud de las previsiones del artículo 954.3 LECrím y anuló la sentencia de casación —STS 1343/2005— que había condenado al recurrente por los tres delitos mencionados.

Otro asunto interesante es *Portu Jaunenea y Sarasola Yarzabal c. España*. En sentencia de 13 de febrero de 2018, el TEDH condenó a España por vulneración del artículo 3 CEDH, tanto en su vertiente material como en su vertiente procesal, por un delito de malos tratos policiales durante el arresto y la posterior detención gubernativa en situación de incomunicación, así como la falta de investigación ante las denuncias de los recurrentes. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que se había producido la violación del artículo 3 y, en relación con el artículo 41, declaró que, resolviendo en equidad, consideraba que procedía otorgar 30.000 € al primer demandante y 20.000 € al segundo en concepto de daño moral. No obstante, pese a la satisfacción equitativa concedida, los recurrentes solicitaron la revisión de la SAN 16/2010 de 21 de mayo de 210, en la que fueron condenados por varios delitos de terrorismo, vinculados con el atentado con explosivos realizado, en diciembre de 2006, en la terminal número cuatro del aeropuerto de Madrid. Se trata de un supuesto en el que los efectos que persistían, a juicio de los recurrentes, eran indirectos, pues la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tendría incidencia directa sobre la condena penal, porque esta última vino apoyada de forma

⁴² El recurrente interpuso antes INA y recuso de amparo, que fue inadmitido por ATC 27/2017.

determinante en las declaraciones inculpativas prestadas por uno de los coimputados, durante su detención policial incomunicada. El recurso fue inadmitido por ATS de 18 de marzo de 2019, negando la conexión entre la sentencia del TEDH y la SAN objeto de la pretensión de revisión, desconexión entre los malos tratos policiales que generan la condena del TEDH y la condena de los órganos judiciales españoles por el atentado de la T4. Interpuesto recurso de amparo, este fue desestimado por STC 63/2022. En este caso, la sentencia del TEDH se ejecutó exclusivamente a través de la satisfacción equitativa del art. 41 CEDH.

En relación con el asunto *Saqueti Iglesias contra España*, por STEDH de 30 de junio de 2020, el Tribunal falló afirmando la vulneración del artículo 2 del Protocolo número 7 CEDH relativo a la doble instancia penal, porque entendió que la gravedad de la sanción impuesta al demandante le otorgaba carácter penal —contra lo calificado por nuestro ordenamiento— y, en consecuencia, el demandante tenía derecho a la segunda instancia. El Tribunal europeo, en este caso, no solo concedió una satisfacción equitativa, sino que declaró que, la forma de reparación más adecuada era garantizar que el demandante se encontrará, en la medida de lo posible, en la situación en que se encontraría, si no se hubiera infringido el art. 2 del Protocolo número 7. Además, afirmó que teniendo en cuenta las circunstancias del caso y resolviendo en términos de equidad, debía concederse al demandante la cantidad de 9.600 € en concepto de daños morales. Por Sentencia de 15 de diciembre de 2021, el Tribunal Supremo estimó el recurso de revisión, anulando el pie de recurso de la STSJM de 17 de enero de 2013, de la Sala de lo Contencioso administrativo, que denegaba el acceso al recurso de casación por no alcanzar la cuantía establecida en el artículo 86.2 b de la LJCA. Así las cosas, el recurrente podría interponer recurso de casación, si así lo estimaba conveniente.

Dos últimos casos muy interesantes. La STEDH de 6 de noviembre de 2018, *Otegui Mondragón y otros c. España (Asunto Bateragune)* y *Atristain*, de 18 de enero de 2022.

En la STEDH, de 6 de noviembre de 2018, tras afirmar una vulneración del artículo 6.1 CEDH en su vertiente de juez imparcial y, pese a la petición de los demandantes de una satisfacción equitativa de 40.000 euros, el TEDH recuerda que en los casos de vulneración del artículo 6, la forma más apropiada de reparación sería, en principio, celebrar el nuevo juicio o reabrir el caso a solicitud de la persona interesada, siendo así que España posee en su ordenamiento jurídico el artículo 954.3 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, en el que se otorga la posibilidad de revisar una sentencia firme con motivo de una resolución del Tribunal Europeo. En este contexto, el TEDH considera que no es necesaria una indemnización por daño moral como solicita el recurrente, en la medida en que la satisfacción equitativa por vulneración del artículo 6 CEDH es la simple constatación o declaración de que la violación ha existido, porque el abono de indemnizaciones —en virtud del artículo 41 CEDH— está diseñado para reparar únicamente las consecuencias de una vulneración que no pueden repararse de otro modo. Por tanto, el TEDH rechaza otorgar al recurrente una indemnización a título de satisfacción equitativa. Resulta especialmente interesante este fallo del Tribunal europeo, en la medida en que hemos visto como en supuestos anteriores no ha tenido reparo en conceder una satisfacción equitativa sin perjuicio de que en el orden

interno y en un momento posterior se procediera a la revisión del procedimiento del que traía causa la demanda ante el Tribunal Europeo. A la vista del fallo del Tribunal, el recurrente interpuso recurso de revisión ante el Tribunal Supremo que, estimado, falló ordenando la repetición del juicio, polémico fallo en un contexto en el que la pena de prisión de libertad había sido íntegramente cumplida por el recurrente. El recurrente interpuso recurso de amparo por vulneración del art. 24. 1 CE en su vertiente de interdicción del *ne bis in idem* procesal, que ha sido recientemente estimado por la STC 9/2024, de 17 de enero.

Y finalmente, *el asunto Aristrain Gorosabel c. España*. En STEDH, de 18 de enero de 2022, declaró la vulneración del derecho a un juicio justo, vulnerado por haber sido utilizado en el juicio la confesión inicial de un sospechoso de terrorismo, que había sido mantenido en detención incomunicada y no se le había proporcionado asistencia letrada, por lo que se había menoscabado la equidad general del proceso penal. En relación con el artículo 41 CEDH, el Tribunal consideró que el demandante debía haber sufrido una cierta angustia como consecuencia de la violación de sus derechos, que no podía ser compensada únicamente por la constatación de la violación o por una reapertura del procedimiento por parte de España, por lo que procedía otorgar al demandante 12.000 € en concepto de daños morales y 8.000 € en concepto de costas y gastos. A pesar de que el propio Tribunal Europeo dispone que la violación debía ser reparada a través de una indemnización, el recurrente solicitó la revisión de su condena a través del pertinente recurso, que fue rechazada por el Tribunal Supremo, que consideró que, aun prescindiendo de las declaraciones afectadas por la vulneración apreciada por el TEDH, existen otras pruebas por las que se hubiera podido llegar a la misma conclusión sobre los hechos que fundamentan su condena. Se trata de ATS de 1 de junio 2022⁴³, que resulta muy interesante porque el TS razona en términos más restrictivos que lo que hasta ahora hemos visto: *En lo atinente a la reparación, el TEDH señala una indemnización de 12.000 euros en concepto de daño moral. El Tribunal ha procedido de esta manera a la reparación del daño causado, mediante el señalamiento de una indemnización y no realiza argumentación alguna que permita una mayor actuación para la reparación. No obstante, el condenado solicita la autorización para la revisión.../...Sin embargo, ese pretendido automatismo de la revisión desde la condena no es el que postula la ley y la jurisprudencia recaída en interpretación de este precepto. La revisión no es una consecuencia necesaria de la declaración de violación*⁴⁴. Interpuesto recurso de amparo, contra la inadmisión del recurso de revisión, este fue inadmitido.

⁴³ ATS 8586/2022, de 1 de junio de 2022.

⁴⁴ Recordábamos antes que la consideración de la Sentencia del TEDH como «hecho nuevo que fundamenta la revisión de una sentencia firme era procedente, si esa violación declarada puede suponer la inocencia del condenado, pues esa vulneración declarada implica que “revitalizando la presunción que le ampara inicialmente, si es que no existen otras pruebas suficientes y válidas en su contra”, la revisión sea la forma adecuada a la reposición de su derecho (ATS 29 de abril de 2004). Esa doctrina jurisprudencial, en la vigente ley procesal, se concreta en que será procedente la revisión “siempre que la violación entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”. Consecuentemente, habrá que comprobar en cada caso si la lesión al Convenio declarada en la Sentencia afecta, y en qué

A modo de conclusión, es mi opinión que nuestro Tribunal Supremo tiene aún pendiente definir, con mayor previsibilidad, el recurso de revisión como vía de ejecución de las sentencias del TEDH y que debe hacerlo, teniendo en cuenta que la reforma reclama —a mi parecer— una interpretación restrictiva de la nueva causa para solicitar un recurso de revisión, tanto porque así se deriva de las cautelas que acompañan a la previsión legislativa, como por la protección de la seguridad jurídica como principio general de nuestro ordenamiento. El TS tiene elementos sobrados, derivados de la jurisprudencia constitucional, para esa interpretación restrictiva que, en alguna medida esta soslayando. A saber, i) sólo justifica la revisión el hecho nuevo que pueda incidir en la condena, es decir, que evidencie la equivocación del fallo —asuntos Riera Blume y Prado Bugallo—; ii) la persistencia de la lesión debe limitarse a los efectos directos y no puede confundirse ni equipararse con el perjuicio importante, como requisito para la admisibilidad de las demandas ante el TEDH —STC 245/1991—, mas aún, si se considera la condena al olvido que el propio TEDH ha hecho de tal requisito; y iii) la admisión del recurso de revisión por parte del TS debe tener muy en cuenta si se ha satisfecho una indemnización a través de una satisfacción equitativa —art. 41 CEDH—, pues, con frecuencia, podemos estar ante una sentencia del TEDH ya ejecutada, conforme al sistema del CEDH.

medida, al contenido esencial del derecho vulnerado igualmente, si los efectos de la vulneración persisten y no pueden ser remediados de otro modo que no sea la revisión. En las circunstancias del presente caso, el Tribunal considera que la constatación de una violación constituye en sí misma una satisfacción justa suficiente y, por lo tanto, rechaza la reclamación (en el caso la pretensión de indemnización)». FJ 4.º.

DE LA CALA MELLONI... Y DEL MELÓN, POR ABRIR, DEL DIÁLOGO PREJUDICIAL CON EL TJUE. UN REFLEXIVO APUNTE, EN HOMENAJE A JAVIER JIMÉNEZ CAMPO*

ANTONIO LÓPEZ CASTILLO
Catedrático de Derecho Constitucional

I. Planteamiento de algunas preguntas

En esta modesta contribución mía, preparada en honor del homenajeado en esta publicación colectiva, se tratará de considerar algunos aspectos transitados, sin duda, pero no siempre iluminados con la intensidad que el asunto sin duda merece. Y el asunto en cuestión se puede entender un tanto mejor si, tal y como a mí me parece, se considera a *Melloni* como remarcado y remarcable punto de inflexión en la jurisprudencia ius europea del Tribunal constitucional (TC).

En el fondo, se trataría de aventurar alguna respuesta a dos retóricas preguntas: ¿ese pronunciamiento del TC, en su formación plenaria, se ha de tener por una muestra de suave proceder refractario o por el resultado de un atribulado desenfoque dogmático? y, a propósito de lo que se dice y de lo que no se llega a decir, ¿pedía realmente el caso la invocación de unos implícitos límites hipotéticos, o, dicho de otro modo, acaso no demandaba, más bien, la traída a colación de una cláusula de identidad constitucional que como tal no comparece, brillando por su ausencia, en la decisión plenaria?

Pues bien, de esa duda se trata en lo que sigue, mediante una sintética glosa del sentido o sinsentido de la «cala» Melloni (II) y de los útiles, habidos o por haber, para superar esa cortante incisión en una relación dialógica interrumpida (III), antes de tornar, a modo de conclusión, sobre el modo, más que sobre el momento, de retomarla (IV).

* El presente trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación PID2021-124370NB-I00 (IP: Marian Ahumada) titulado: «La evolución del Tribunal Constitucional y la construcción de su identidad institucional» (EVOLTC).

Se trata de una reflexión original que parte de la versión ampliada, en español, de un apartado (Melloni: constitutional identity in absentia) del trabajo Constitutional identity by excess, GFCC, and by default, SpCC. Pending Dialogues with the CJEU, por publicar en The construction of the European Constitutional Identity. Judicial Review, Fundamental Rights and Rule of Law, Routledge, y que, en sus páginas finales reelabora, en buena medida, algunos párrafos tomados de mi contribución De jurisdicciones y parámetros de referencia y validez en el espacio ius europeo de confluencia... en el libro Solapamientos e interferencias en el control de conformidad constitucional y europeo de la ley, Tirant lo Blanch, pendiente de publicación.

II. Melloni, una cala del TC con navaja mellada en el melón, por abrir, del diálogo prejudicial con el TJUE

La cuestión prejudicial resuelta por la Sentencia del TJUE, de 26 de febrero de 2013, Melloni (as. C-399/11) insiste en los tópicos expresivos de la autonomía de un ordenamiento caracterizado por su primacía aplicativa, sin comprender plenamente el sentido, no tanto de las cuestiones planteadas por el TC, que ciertamente se formulan de forma equívoca y manifiestamente mejorable¹, como de la importancia del asunto que animaría al TC a ensayar esa vía procesal.

El tenor de las preguntas planteadas por el TC, mediante Auto 86/2011, de 9 de junio, es el que sigue:

«1. El artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que las autoridades judiciales de ejecución, en las circunstancias especificadas en dicho precepto, supediten la ejecución de una orden de detención europea emitida a efectos de ejecución de una pena a que la condena dictada en rebeldía pueda ser revisada en el Estado miembro emisor.

2. El artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299, es compatible con los requisitos establecidos en los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

3. El artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no permite a un Estado miembro supeditar la entrega de una persona condenada en rebeldía a que la condena pueda ser objeto de revisión en el Estado miembro de emisión, con el fin de evitar una vulneración del derecho a un proceso equitativo y del derecho de defensa garantizados por su Constitución».

Si sobre ese concreto tenor, en la Gran Sala del TJUE se llegó a entender bien el sentido de la pretensión del TC, ya no es tan evidente. Y, a ese respecto, cabría preguntarse si esa comprensión y si la densidad de la respuesta dada a esta (media parte de la) completiva respuesta que la Gran Sala quiso brindar al orbe ius europeo, al simultanear el fallo de las decisiones Melloni y Akerberg, hubiese podido beneficiarse de una asignación diferente de la responsabilidad al interno del TJUE; bien porque se

¹ Cf., con referencias puntuales a una suma de comentarios doctrinales sobre aquella tentativa prejudicial, I. Torres Muro, La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2013, en Revista española de derecho constitucional 97, 2013, pp. 343-370, que, de manera casi entusiasta, contrapone lo que considera un acierto del TJUE a lo que llama flancos débiles del TC, antes de proponer que, al menos, a propósito de la aplicación de la euro orden, se supere la pretensión de oponer «peculiaridades nacionales... escasamente fundadas, a la regulación, clara y contundente, del derecho (de la UE)» (pp. 366-367).

hubieran encomendado a un mismo AG los dos asuntos, en paralelo a la designación de un mismo juez ponente (Safjan), bien porque se hubiera asignado cada caso a un juez distinto, tal y como se hiciera al encomendar las conclusiones de esos casos, no a uno solo, sino a dos AG, una para cada caso (Bot y Cruz Villalón).

Por lo demás, si se atiende al modo en que el Pleno del TC fundamenta la asunción de la respuesta prejudicial y su propia decisión para fallar la pretensión de amparo, cabría decir sin exagerar un punto que, a un malentendido, se habría venido a sumar una mal comprensión de la significación última de ese empeño hermenéutico.

Un malentendido, porque pese a la relativa falta de correspondencia entre el tenor y el sentido de las preguntas planteadas, la Gran Sala responde con simpleza, en una vía prejudicial ensayada, por primera vez; propiciando así —o, quizás, mejor—, dando pie a una atribulada salida mayoritaria por la tangente —diríase, vergonzante—. Y así lo parece si, por contraste, se observa el puntilloso acento crítico de votos particulares, de acerba entonación y empalagosa ortodoxia (en dos de los casos)² y de esperpéntico tono irónico (en el tercer de los casos)³.

Una salida precipitada que, en su ocurrente formulación, deja entrever el cierre (temporal) de esa vía de comunicación recién abierta. Una presunción de aquel día —en entredicho al paso de los años— que persiste hasta el día de hoy.

Recuérdese que en el seno del TC ya se venía cuestionando el maximalismo consistente en la exigencia *ad extra*, como *ad intra*, de un contenido indisponible de las garantías ius fundamentales ex artículo 24.2 CE. Un contenido *absoluto* que, desde su afirmación en la controvertida STC 91/2000, de 30 de marzo, *Paviaglianiti*, al hilo de un préstamo doctrinal tomado de la dogmática alemana de dudoso encaje en la tradición constitucional propia y compartida, en la que, teniendo presente la confluencia de estándares en concurso, se trata más bien de asumir la prudencial integración de una (equivalente) cláusula de orden público constitucional⁴.

Y lo cierto es que, sin tener que esperar a la crítica externa, en el propio seno del TC se pusieron ya entonces de manifiesto discrepancias razonadas en dos votos particulares a la referida sentencia *Paviaglianiti*. En el suscrito por el entonces presidente

² Cf., en detalle, el enfático discurso de ortodoxo encaje ius europeo, sin asomo de crítica al modo de integración paramétrica de los estándares de la Carta de DDFE UE, en sendos votos particulares a la STC 26/2014, de las magistradas Asúa Batarrita y Roca Trías.

³ El sentido de aquella crítica a la supuesta aplicación indiferenciada del estándar arbitrado por el Pleno, a propósito, tanto de asuntos regulados por la euroorden, como de cualesquiera otros casos de extradición a países terceros (cf. VP Ollero Tassara, a STC 26/2014), se entiende quizás mejor a la vista de su constatación (pese al apunte de una pretendida caracterización congruente de unos y otros supuestos) en lo sucesivo (cf. VP Ollero Tassara, a STC 132/2020, de 23 de septiembre, que, tras remarcar su discrepancia con el FJ 4 de la sentencia, concluye que «el tribunal ha perdido una óptima ocasión de llevar a la práctica el oportuno *overruling* que la STC 26/2014 merece»).

Exponente del sentimiento abrigado, entre tanto, en el seno del TC, puede considerarse, por ejemplo, Andrés. Ollero Tassara, «La protección de los derechos humanos en España y Europa», en Antonio Flores Saldaña, *Control de convencionalidad y decisiones judiciales*, 2016, pp. 263-278.

⁴ Cf., por otros, Fernando Rey Martínez, «El problema constitucional de la extradición de condenados en contumacia», en *Teoría y realidad constitucional*, 5, 2000, pp. 289-335, en donde se trata de la referida sentencia y de otras relacionadas (STC 141/1998, 147/1999, 134/2000, 162/2000 y 163/2000).

del TC, Cruz Villalón, sobre su posición desestimatoria del amparo, se cuestionaba la pretensión de derivar de la previa afirmación de un contenido absoluto de la garantía ius fundamental invocada la exigencia de un nuevo juicio del condenado en ausencia, por razones bien fundadas, que, en lo sustancial, se reiteraban también en el segundo de los votos particulares⁵.

Un planteamiento crítico tanto más ajustado cuando de su proyección al régimen de la euroorden se tratase, tal y como se vino a poner de manifiesto en la jurisprudencia del TC previa al caso Melloni del que aquí se trata⁶.

En esa primera década se hacía ya cada vez más patente, al interno del TC, lo inconveniente de pretender perpetuar sin cambios el empeño de hacer extensiva aquella controvertida doctrina *paviglianiteana* al régimen común de la euroorden, tanto más a la luz de la reformulación normativa entonces producida en el correspondiente derecho derivado. Y ante la inminencia, a la vista ya del expreso reconocimiento de un valor normativo equiparable al del Derecho primario, en virtud de la cláusula de remisión ex artículo 6.1 TUE, del proceso de interpretación y consecuente aplicación de la Carta de DDFF UE, el TC entendería llegado el momento de dar un doble paso, de plantearse el abandono de aquella extremosa tesis entrando en dialógica relación con el TJUE.

El TC, pensando en abandonar (en todo caso, en relación con supuestos relativos a la euroorden) su previa exigencia de un estándar maximalista, formula sus cuestiones prejudiciales, tratando de cohonestar dos pretensiones. La de superar la exigencia de un estándar maximalista, de exigencia de nuevo juicio, *ad extra*, de una parte, y, de otra parte, la de postular una comprensión de la cláusula de mejor estándar del artículo 53 Carta DDFF UE, en línea con su propia propuesta hermenéutica adoptada diez años antes, en 2004.

Recuérdese así, de una parte, que en el seno del TC ya se venía cuestionando el maximalismo consistente en la exigencia *ad extra*, como *ad intra*, de un contenido amplio de las garantías del artículo 24.2 CE, aplicables a los supuestos de condena en ausencia. Desde su afirmación en la conocida sentencia *Paviglianiti*, al hilo de un préstamo doctrinal foráneo, de procedencia germana (como habrá ocasión de referir al hablar de la sentencia euro orden II de la Sala segunda del TCFA), algunas voces se alzaron en el seno del plenario del TC, haciendo notar lo desproporcionado de pretender exigir la repetición de un proceso en el que se haya dictado condena en ausencia, a ordenamientos como el italiano, inserto en un mismo marco convencional de referencia y que, como el español, participa de un intenso proceso de integración, del que la propia euroorden hace parte⁷.

⁵ Vide VP a la referida STC 91/2000, Paviglianiti, suscrito por P. Cruz Villalón, entonces, presidente en ejercicio del TC. Y en una línea similar, se pronunciaría también un segundo voto particular, suscrito por M. Jiménez de Parga, con la adhesión de R. de Mendizábal Allende.

⁶ Cf., *in extenso*, VP Pérez Tremps a STC 199/2009, de 28 de septiembre; asimismo VP Rodríguez-Zapata Pérez.

⁷ Cf. VP Cruz Villalón, presidente entonces del TC, y VP. Jiménez de Parga, con la adhesión de Mendizábal Allende.

Un enfoque crítico que, sin perjuicio de la inercia aplicativa de la exigencia *ad extra* de un contenido absoluto, iría ganando presencia en el debate plenario del TC, antes de llevarle a dudar de que semejante exigencia radicase en la Constitución misma y no más bien en la concreta regulación legislativa dictada en su desarrollo⁸.

Y recuérdese, de otra parte, que anticipada su interpretación constitucionalmente conforme del significado y alcance potenciales del artículo 53 de la Carta de la UE, con ocasión de su control previo de constitucionalidad del *tratado constitucional de la Unión* (entonces, pendiente de referéndum)⁹. Una interpretación de la regla del mejor estándar posible que, partiendo siempre, por defecto, del mínimo común denominador del CEDH, se declaraba constitucionalmente congruente en términos generales —a reserva de hipótesis de las que, de modo casuístico, dado el caso, entraría a conocer el TC—, al hilo de su control previo de constitucionalidad del fallido tratado constitucional de la UE¹⁰.

Esa previa declaración plenaria y su (pretensión de) abandono del referido estándar maximalista seguramente llevaran a pensar al TC que era llegado el momento, que se presentaba la oportunidad, de comparecer en un marco dialógico en el que —cabía presumir— el TC contribuiría de modo notable a perfilar la interpretación por parte del TJUE de la cláusula de mejor estándar, del artículo 53 —hasta entonces, inédita—, y de las garantías ius fundamentales explicitadas en los artículos 47 y 48, todos de la Carta DDFE UE. En una coyuntura indicada, tanto en atención a la —entonces reciente— entrada en vigor de una Carta, a la que *ex* artículo 6.1 TUE, expresamente se reconocía el valor propio del derecho primario, cuanto a la vista de la —entonces aun reciente— modificación del régimen normativo de la euroorden.

Pues bien, por más que la intención fuera loable, esa aparición suya en la escena ius europea se produjo mediante un planteamiento sin duda perfectible que, si bien en términos generales, no contradecía necesariamente la exigencia de primacía (efectividad y uniformidad) del Derecho de la UE, en su concreta formulación parece haber estado lejos de acertar.

De hecho, si el TJUE pudo entender que la primacía del Tratado de la UE se ponía en riesgo con la propuesta de interpretación esbozada por el SpCC, no es tanto por el tenor y sentido de una norma expresamente articulada en la Carta, como por el hecho de que, en un asunto relativo a una materia plenamente regulada por el Tratado de la UE, el TJUE no consideraría posible una hipótesis de norma constitucional complementaria.

Con todo, sobre la perfectibilidad de aquellas preguntas, la respuesta del TJUE, aceptable en términos generales, resulta tanto más controvertida si, como ocurrió en el asunto Melloni, la norma de Derecho europeo finalmente formulada, no solo es que no iguale unos determinados estándares constitucionales, sino que apenas observa los

⁸ Cf. artículo 786 Ley de enjuiciamiento criminal.

⁹ *Vide* Declaración (DTC) 1/2004, de 13 de diciembre. Entre los comentarios de aquellos meses, por su comprensiva mirada, cf. Antonio López Castillo, Alejandro Sáiz Arnáiz y Víctor Ferreres Comella, *Constitución española y Constitución europea*, 2005.

¹⁰ Cf. DTC 1/2004, FFJJ 5 y 6.

mínimos convencionales comunes establecidos por el TEDH al interpretar las garantías equivalentes en el marco del artículo 6, CEDH¹¹.

En este caso, sin embargo, tal y como acertara a apuntar en sus conclusiones el AG Bot, el TC no llegó a invocar la cláusula de identidad constitucional (como no lo hizo tampoco el Gobierno español en la vista, sino para descartarla en el caso), aunque se aludiera a la conexión de las garantías procesales con la dignidad de la persona en el caso de la responsabilidad penal en un contexto transnacional.

En suma, el TC había tratado de combinar un múltiple objetivo. Al efecto de superar una exigencia maximalista al interpretar las garantías constitucionales del debido proceso, dejando atrás su exigencia de presencialidad en nuevo juicio para deshacer la presunción de inocencia de los condenados en rebeldía, como *conditio sine qua non* de regular aplicación de ese régimen de «extradiciones simplificadas» que implanta la orden de detención europea. Entrando así en una lógica de cooperación interpretativa con el TJUE, en su condición (finalmente asumida) de «órgano judicial» a los efectos del artículo 267 TfUE, para coadyuvar así, mediante una interpretación común, a la salvaguarda de la unidad aplicativa del Derecho de la UE.

En el caso, se trataba, en último término, de contribuir junto al TJUE en la tarea compartida de aclarar el sentido y alcance de una disposición integrativa tan relevante, como la establecida en el artículo 53 Carta de DDFF de la UE. Por más que, en el caso, la pretensión de aclaración del sentido y alcance del artículo 53 de la Carta, en relación con la relativa a la integración de las garantías ius fundamentales reconocidas en los artículos 47.2 y 48.2, se formulara torpemente. Y ello, por lo confuso de invocar un margen de apreciación nacional, cuando lo que se pretendía era precisamente renunciar a su exigencia de contenido absoluto, previamente formulada en relación con el régimen constitucional de extradición de personas condenadas en rebeldía. Pero, también por la fungibilidad de una oferta hermenéutica alternativa, según la cual el significado cuestionado del artículo 53 de la Carta DDFF de la UE podría entenderse, bien como un equivalente funcional de la cláusula correspondiente del CEDH, bien como una norma superpuesta a la línea divisoria jurisdiccional reiterada en su artículo 51.2, o bien, en fin, como una suerte de híbrido, fungible hasta cierto punto, en función de la diversa casuística a resolver¹².

El TJUE, en un desempeño constrictivo de su responsabilidad, procedió a dar una réplica al TC de trazo grueso, por no decir grosera; lejos de entender el sentido cooperativo de una iniciativa, mal planteada sin duda, pero que el TC había adoptado —y eso era aquí lo importante— de modo relativamente incongruente —un matiz que el TJUE no pareció apreciar en el caso— con un cuerpo tradicional de doctrina en atención, en particular, a lo específico de su función como jurisdicción constitucional de unas restrictas competencias de atribución, entre las que, mirando al tenor expreso de

¹¹ A propósito, en general, del sentido propio y del alcance constitucional del artículo 6.1 CEDH cf., por otros, Alejandro Sáiz Arnáiz, *Procesos constitucionales y garantías convencionales: la aplicación del artículo 6.1 CEDH a la jurisdicción constitucional*, 2018.

¹² En detalle, a propósito de esta especie de muestrario abierto a «subasta interpretativa» planteado en vía prejudicial, cf. la síntesis expuesta en las Conclusiones del Abogado General, Y. Bot, puntos 91-95.

la LOTC, no se acertaría a encontrar ninguna relativa a esa función de mediato control de «europeidad» de las actuaciones de los poderes públicos que, en último término, la vía prejudicial necesariamente comporta.

El TJUE sostuvo así, al margen de toda contextualización de la apertura por parte del TC de esa vía formalizada de diálogo, que se debía descartar la aplicación del referido estándar maximalista, sin entender bien que esa decisión, parecía estar ya descontada, por el propio TC. Y así sería, en efecto, dejada de lado en su sentencia ulterior, bien que no solo a propósito del régimen de la euroorden, sino en términos generales, al distinguir entre el restricto estándar constitucional exigible, *ad intra*, y el más laxo parámetro aplicable, *ad extra*.

En cuanto al estándar propio del régimen europeo de aplicación de la euroorden, en su controvertida sentencia Melloni sostuvo el TJUE que, lejos de ser cuestionables, las cuestionadas disposiciones del reformado régimen de la euroorden se habrían de considerar como Derecho derivado congruente —«conforme», dijo literalmente el TJUE— con las garantías jurídicas fundamentales de (los artículos 47 y 48.2 de) la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales de la UE.

Al pronunciarse de este modo, sin atisbo de duda, el TJUE procede a declarar la conformidad con el Derecho primario de la exigencia alternativa a la defensa en juicio de una mera notificación del inicio del procedimiento voluntariamente eludida por quien luego es condenado en rebeldía, ponderando, en particular, el sustrato cooperativo que justifica y demanda un instrumento funcional a la consolidación del llamado de libertad, seguridad y justicia.

Dejando, como de soslayo, la cuestión a debate. Pues, como tal, la cuestión debatida no habría sido tanto la si el Derecho de la Unión Europea veía o no reconocida su primacía aplicativa frente a una norma nacional con mejor estándar (constitucional o convencional europeo), como la de si la decantación del estándar propio del Derecho europeo había de ser la consecuencia de una sentencia de contraste entre Derecho derivado y Derecho primario o, por el contrario, la resultante —dolorosa— de interpretar el sentido y alcance de (los artículos 47 y 48.2 de) la Carta de DDFF de la UE a la luz de una concreta disposición de Derecho derivado.

En otras palabras, el TJUE, al que se habría brindado la oportunidad de integrar de una forma coherente con estándares constitucionales (nacionales y convencionales) garantías jurídicas fundamentales de la Carta de DDFF de la UE, tan fundamentales como las de salvaguarda de la tutela judicial efectiva y de un debido proceso con todas las garantías, cuando está en juego la destrucción de la presunción de inocencia, al punto de fundamentar o no una imputación de responsabilidad penal, procedería a acometer una suerte de juicio de concordancia práctica. Una suerte de ponderación en la que el objetivo final de la norma en cuestión (promoción de la cooperación efectiva entre los Estados miembros en la persecución del delito), no sólo se habría hecho prevalecer sobre otras normas nacionales (y, además, europeas) insoslayables, sino que pareciera haberse confundido con una presupuesta pauta de confianza mutua. Y lo cierto es que esa es una pauta o directriz que, como bien se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia posterior del TJUE, lejos de diluirse en la simple apelación al encomiable objetivo de promoción de la cooperación entre jurisdicciones, se sustenta

y refuerza en la efectiva aplicación, en el común espacio de libertad, seguridad y justicia *in fieri*, de ajustadas normas ius fundamentales europeas, y no de cualesquiera contenidos, tal y como ocurriera en la respuesta Melloni del TJUE; una resolución desatenta, en el fondo y por la forma, que ha generado confusión y desasosiego en el seno del sorprendido plenario del TC.

Ello no obstante, a pesar de su tribulación, el TC mantuvo su inicial intención de abandono del maximalismo resultante de interpretar el sentido y alcance de las garantías jurídicas fundamentales del artículo 24.2 CE, a la luz de su regulación normativa mediante la Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, declarando inoperante *ad extra* su «contenido absoluto», de modo que, inconsistencias al margen (por el modo en que se ello se fundamentó y, en relación con ello, por la indeterminación de su alcance), su previa aplicación en España a supuestos relativos al régimen de la orden europea de detención y entrega quedaría ya formalmente superada.

Si había o no alternativa alguna para alcanzar una conclusión semejante, de otro modo, menos inconsistente, en su complementaria dimensión constitucional (nacional y convencional) e ius europea, es asunto que se ha de considerar en perspectiva crítica, puesto que a la labilidad del estándar decantado en la sentencia *Melloni* del TJUE, el TC no acertaría a oponer una reacción consecuente, a la altura de su grave responsabilidad jurisdiccional. Pareciendo incapaz de vislumbrar, más allá de su atribulada salida por la tangente, *ex* artículo 10.2 CE, una respuesta congruente, en un comprensivo sentido, constitucional e ius europeo; algo a lo que, como quiera que se trata de la jurisdicción constitucional de un Estado miembro de la Unión, acaso sea más atinado y pertinente referirse, diciendo, en un sentido constitucional integral.

III. Melloni (+/-): una (desatendida) herramienta cortante, la cláusula de identidad constitucional, y el insistente manejo de una desmochada cláusula de apertura (no solo) a la integración europea

1. DE LA (AUSENTE) INVOCACIÓN DE LA CLÁUSULA DE IDENTIDAD CONSTITUCIONAL...

El TC habría hecho bien en reaccionar de forma menos incoherente, ante la decepcionante respuesta del TJUE, reformulando quizás las preguntas con un apoyo argumentativo adicional. Invocando una relectura de la norma de la Carta no tanto a la luz del derecho derivado que, integrado conforme a las normas concurrentes, podría haber sido objeto de interpretación menos restricta por parte del TJUE¹³. Pues, una lectura tan restrictiva de las cláusulas ius fundamentales de la Carta, interpretadas a la luz del Derecho derivado, no es la forma más congruente de proceder cuando se trate

¹³ Y en esa línea, avanzaría el TJUE, a partir de su conocida sentencia de Gran Sala, de 5 de abril de 2016, P. Aranyosi y R. Caldaru, tras las llamadas constitucionales de atención, tanto por pasiva (STC 26/2014, Melloni) como por activa (Sentencia del TCFA, Sala 2.ª, de 15 de diciembre de 2015, Euroorden II).

de integrar sustancialmente las normas que conforman el parámetro de referencia del DUE.

Ante la situación creada, como consecuencia de ese proceder hermenéutico por parte del TJUE, el Pleno del TC, no consiguiendo formular una respuesta compartida, ante la enfática insistencia de algunos de sus miembros para la inexcusable asunción de la respuesta dada por el TJUE, ensayaría una solución, aparentemente acorde con su tradicional interpretación del significado y alcance del artículo 10.2 CE. Una respuesta ingeniosa, pero relativamente inconsistente y formalmente desatenta con respecto a una cuestión prejudicial que, si no se reformula, se ha de considerar como la declaración vinculante que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, necesariamente ha de ser.

Sin embargo, lejos de considerarla como declaración de obligado cumplimiento, el TC, con el voto de una amplia mayoría de los miembros del Pleno, se limitaría a sostener que esa respuesta del TJUE podría serle de utilidad, tanto como otras referencias extraídas de la jurisprudencia del TEDH, a los efectos de integrar el contenido mínimo necesario que, como elemento paramétrico esencial e inexcusable, debería observarse a la hora de integrar la norma constitucional aplicable en todos los casos, incluidos los de aplicación de las normas que rigen la euroorden.

En definitiva, ante una sorprendente decantación paramétrica del TJUE que el TC no supo cómo afrontar, lo que estaba llamado a ser una gran oportunidad para la consolidación en vía prejudicial del estándar operativo en supuestos de aplicación de normas comunes, se acabaría convirtiendo en un ejercicio jurisdiccional desafortunado y doblemente fallido. Porque el TC no acertó a imaginar salida alternativa, que no fuera la contraposición plenaria entre la ortodoxa exigencia del cumplimiento íntegro de la prejudicialidad (postura mantenida en dos de los tres votos particulares) y la decisión heterodoxa de eludir una interpretación prejudicial que la mayoría plenaria se limitaría a tomar en consideración, como si de un elemento más de referencia hermenéutica, a los efectos de integrar la norma constitucional operativa *ad extra*, se tratara.

En efecto, ante la incompreensión por parte del TJUE de la trascendencia constitucional de unas cuestiones (mal planteadas), el TC podría haber optado por una tercera vía, reasumiendo, en consecuencia, una responsabilidad que ya había puesto en juego al plantear sus primeras cuestiones prejudiciales. Pero, lejos de eso, el Tribunal Constitucional no supo entablar un diálogo efectivo con el TJUE, reformulando el sentido de cuestiones que no sólo no pretendían cuestionar la norma común de la Carta, sino que, por el contrario, pretendían contribuir a su mejor configuración, en línea con el contenido mínimo necesario. Un contenido que, si el sentido último de la novedosa cláusula de identidad (nacional) constitucional no se hubiese malinterpretado tanto (estando todavía, entonces, en los inicios de un debate que llega hasta nuestros días¹⁴), quizás podría haber invocado el Tribunal Constitucional, al efecto de

¹⁴ Sobre el estado de la cuestión entonces cf., a. e., las contribuciones de Francisco Rubio Llorente («Derechos fundamentales, principios estructurales y respeto a la identidad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea»), Pedro Cruz Villalón («La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos»), y Agustín José Menéndez Menéndez («Una concepción alternativa de la identidad constitucional en el derecho comunitario: De las excepciones idiosincráticas a la resistencia constitucional colectiva»), en Antonio López y César Aguado, dirs., *Identidad, derecho y política*, en AFDUAM, 2013.

reanudar un diálogo apenas iniciado, unos contenidos ius fundamentales que, por su manifiesta conexidad con la dignidad de la persona, se habrían podido considerar como parte integrante de esa constitutiva cláusula de identidad constitucional.

Que no acertara el Pleno a tomar ese derrotero, explica, en buena medida, por qué, desde entonces, ha podido sentirse inclinado el TC a ignorar su propia responsabilidad en la pendiente tarea de diálogo, inmediato y directo, con el TJUE. Dejando pasar ocasiones indicadas, cuando no de obligado planteamiento, sin decidirse a interpelar al TJUE mediante formulación de nuevas cuestiones prejudiciales¹⁵.

2. ... Y DE LA CORRELATIVA CONSIDERACIÓN DE UNA DEFICIENCIA (POR DECLARAR), DE LA CLÁUSULA EUROPEA ÍNSITA EN EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 93 CE, DE DECLARADA SUFICIENCIA CONSTITUCIONAL

El TC sigue estando a la espera de dejar atrás la primera (y única) frustración dialógica (Melloni) en su intento por participar de una tarea común, la de configuración jurisprudencial de los estándares ius fundamentales del Derecho de la UE.

Sin embargo, para hacer viable ese propósito, el TC ha de tornar previa, o simultáneamente, sobre su propia concepción doctrinal del significado y alcance de un fundamento constitucional (art. 93 CE). Una presunta cláusula de ius europea que, pese a las críticas, sustentadas en razones internas o/y apuntadas al hilo de la mudanza que se ha podido verificar en el entorno constitucional de referencia —partiendo de la andadura jurisprudencial en el proceso de estandarización debida al propio TJUE (en diálogo, en ocasiones, fructífero con otros referentes constitucionales)—, se ha seguido considerando tal, no sin modulaciones que van de la asunción de una complementaria dimensión sustantiva (relacional, por lo demás, aunque esto no solo no se diga, sino que, de modo negligente, se oculte).

En su zigzagueante asunción de una función interpretativa, no atribuida por el legislador nacional, pero sí habilitada por el derecho de la UE, de modo consciente o inconscientemente, ha llegado a pronunciarse, interpretando activamente o de manera implícita, disposiciones del DUE, al pronunciarse a propósito de actuaciones nacionales constitucionalmente debidas, en particular, en procedimientos tales como el del recurso de amparo¹⁶. Y de ahí que, como bien se evidenciara en Melloni, el artículo 93

¹⁵ Cf., entre otros supuestos, los considerados en los procedimientos constitucionales resueltos mediante STC 1/2018, de 11 de enero (Antonio López Castillo, «La confluencia entre Tribunales constitucionales, TEDH y TJUE», en Alicia González y Sabela Oubiña, dirs., *El vértice de los sistemas judiciales*, 2018, pp. 133-172), o STC 89/2022, de 29 de junio (Pedro Cruz Villalón, «De la persistencia de un viejo dictum: la STC 89/2022, en contexto», en Diane Fromage, ed., Jacques Ziller: a European scholar, 2022, 230-241).

¹⁶ A la oscilante suma de jurisprudencia, en su faceta de jurisdicción de control mediato de conformidad constitucional, como consecuencia del grado de ajuste al DUE (cf. algunos extractos reproducidos, en *Prontuario de jurisprudencia constitucional sobre Derecho de la Unión Europea*, pp. 19-23; accesible en <https://www.tribunalconstitucional.es>), tuve ocasión de referirme, en síntesis, en mi exposición inédita (*The discomfort of the Spanish Constitutional Court as an european Judge*), en Congreso ICON-S, Italia, Milán, 13-14 de octubre de 2023.

CE siga considerándose como un soporte suficiente del proceso de integración europea; un soporte suficiente —y eso es lo que resulta velado— que, en lo sustancial (y, en todo caso, en amparo)-, viene descansando en el uso auxiliar del artículo 10.2 CE, una genérica cláusula hermenéutica llamada a entrar en juego siempre que (como, de sólito, es el caso en amparo) de integrar normas constitucionales ius fundamentales a la luz de derechos y garantías ius fundamentales del derecho internacional vinculante (y, por asimilación, del Derecho de la UE¹⁷), se trate.

En realidad, si se considerase llegado el momento de volver a la mesa de diálogo con el TJUE, se hubiese reconsiderado o no la suficiencia constitucional —reiteradamente declarada— del artículo 93 CE, el TC haría bien en considerar la posible invocación de una cláusula de identidad constitucional que, superando ya concepciones meramente idiosincráticas¹⁸, es decir, tomada en serio, sirva no tanto para apuntalar velados ataques a la primacía aplicativa de la norma común, mediante una manifiesta quiebra de los valores comunes o en virtud de una hipertrófica invocación de las singularidades nacionales, cuanto para contribuir a configurarla y reforzarla. Y ello, asumiendo su responsabilidad, como un actor más de esa vasta comunidad de intérpretes.

En esa perspectiva, lograr una aplicación uniforme del Derecho de la UE sería la consecuencia resultante del empleo de un método adecuado, por su correspondencia instrumental en un espacio de confluencia interpretativa, al efecto de construir una comunidad de Derecho asentada sobre valores comunes.

Entre tanto, mientras que en la jurisprudencia ius europea del TC se siga tratando de enfocar el enjuiciamiento paramétrico, en los casos de conjunción de DUE y del derecho constitucional nacional, de modo tan inseguro, seguirá estando expuesto el TC a interpretaciones contradictorias. Sin llegar a dar cuenta de la alteración que resulta de la sumatoria del parámetro del Derecho de la UE y del asentamiento (indirecto) de los estándares constitucionales en sus márgenes (presupuesto, claro está, el sustrato

¹⁷ Por lo demás, esa invocación encontraría un (equivoco) sustento formal en la LO 1/2008, de 30 de julio, por la que se autorizaba la ratificación por España del Tratado de Lisboa, cuyo artículo 2, denominado «Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea», ponía en relación su aplicación en España con el artículo 10 CE; cf. Santiago Ripol Carulla, «La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea en el BOE (consideraciones sobre el artículo 2 de la LO 1/2008...)», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* núm. 37, 2010, pp. 845-864.

¹⁸ Mirando más a unos Tribunales constitucionales (cf., en particular, el fructífero intercambio argumental en torno de la prejudicial planteada por la CC Italia y fallada mediante sentencia de Gran Sala, de 2 de febrero de 2021, en el conocido asunto C-481/19, Consob; cf. Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, «The Consob Way – or how the Corte Costituzionale taught Europe (once again) a masterclass in Constitutional Dispute Settlement», 2021) que a otros (así, entre los que se alinean en una deriva iliberal característica reciente del constitucionalismo tardío de la Europa del Este, podría referirse, por su peculiar sustento constitucional, el caso de la jurisprudencia ius europea del TC de Hungría —cf. Ernő Várnay, «The Hungarian Sword of constitutional identity», en *Hungarian Journal of Legal Studies*, 63, 2022, pp. 79-106—; por lo demás, a propósito del recurrente caso polaco, con referencia complementaria al más reciente caso rumano, cf. Agustín José Menéndez, «¿Rebelión a bordo? A vueltas (de nuevo) con las relaciones... en el espacio jurídico europeo», en *REDC* núm. 129, 2023, pp. 47-77).

común encarnado en los artículos 2 y 4, TUE). Por más que a veces pareciera apuntar al inicio de un debate, en su seno, a propósito de todo esto¹⁹.

Para acometer ese debate, en serio, mediante un abierto intercambio de criterios, en sincero diálogo con el TJUE, el TC habría de tener presente el recorrido ya hecho por algunos de sus correspondientes; atendiendo, en particular, al modo concienzudo en que la CC de Italia lo ha tratado de hacer en estos últimos años²⁰.

Presupuesto necesario para eso, si se considera su perspectiva constitucional, parece seguir siendo, hoy, como ayer, que el TC vuelva, más pronto que tarde, sobre su declaración de suficiencia del artículo 93 CE, de una manera más rigurosa, o —si se quiere— menos relacional. Pues, más allá de una divisoria entre supremacía (de la Constitución) y primacía (del DUE) que, sobre su aparente centralidad, resulta ser una distinción de dudosa operatividad (dicho sea, al margen de animosos subrayados más o menos ilustres²¹), si no se conecta definitivamente con la cuestión de la (in)suficiencia de un fundamento constitucional, el artículo 93 CE, que (no solo) ha servido al proceso de integración europea.

Recuérdese, en este punto, que, mediante la Declaración (DTC) 1/2004, la suficiencia constitucional del artículo 93 CE se justificaría en virtud de una alumbrada faceta sustantiva, hasta entonces inédita, resultante de la integración relacional de su tenor, a la luz de la aplicación de un procedimiento (explícitamente articulado en su primera frase) en sucesivas ocasiones, desde el compromiso inicial de España con el proceso de integración hasta el compromiso convencional (a examen, entonces) de configuración de una Unión Europea que, tal y como allí se prefiguraba, quedaría solo en parte asentada, tras la ulterior reforma (de Lisboa), en lo sustancial, en los Tratados de la UE (TUE) y de funcionamiento de la UE (TfUE), desde su entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009.

La lectura del artículo 93 CE a la luz del sucesivo tracto de la integración europea es, sin duda, una interpretación comprensible, pero incompleta, si se recuerda que, en su dimensión orgánico-procedimental, ese fundamento constitucional había sido tam-

¹⁹ A propósito de lo que se dice y de lo que no se llega a decir en el debate habido a propósito de la STC 89/2022 ha llamado la atención, por ejemplo, Pedro Cruz Villalón. (2022). «De la persistencia de un viejo dictum: la STC 89/2022, en contexto». En Jacques Ziller. *A European Scholar*. Diana Fromage, ed., EUI.

²⁰ Cf. Koen Lenaerts, *National identity, the equality of member states before the treaties and the primacy of EU law*. En *Jornada Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione Europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali*, Corte Costituzionale della Repubblica Italiana. Disponible en: https://cortecostituzionale.it/jsp/consulta/convegni/5_sett_2022/Giornata-Studio-Lenaerts.pdf.

²¹ Cf. Koen Lenaerts, ob. cit., a propósito de una ocurrente categorización en la DTC 1/2004, FJ 4, que, sobre su aparente consistencia, apenas resiste la crítica (cf., en particular, Ferreres Comella, V. (2005). *La Constitución española ante la cláusula de primacía del derecho de la Unión Europea: Un comentario a Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución*. En *Constitución Española y Constitución Europea análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Antonio López Castillo y otros, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

bién la base para la asunción del compromiso español con el estatuto de Roma, por el que se instituyera el llamado Tribunal penal internacional.

Integrar así, vista esa condición de cláusula genérica de apertura, el contenido material del artículo 93 CE, *per relationem*, mediante su lectura de conformidad con una sola (la más relevante) de esas dos proyecciones aplicativas (descartando, entonces, que pudieran configurarse, al menos, dos cláusulas de apertura diferentes, con base en el matizado tenor de una misma, y única, previsión constitucional), no parece una técnica hermenéutica plausible.

No obstante, sin que pareciera advertir esa flagrante contraindicación, eso es lo que finalmente hizo aquella DTC 1/2004, al proceder a integrar la vertiente sustantiva del artículo 93 CE, mediante una inferencia finalista y atendiendo a las cláusulas basilares del Estado constitucional y democrático de Derecho, con el alumbramiento de unos ciertos límites constitucionales implícitos, explicitados —se colegía allí— en el reflejo texto normativo sujeto a examen (más concretamente, en los artículos I-2 y I-5 de aquel —frustrado proyecto— llamado Tratado constitucional de la Unión).

Sin insistir aquí en la consideración crítica de un modo de proceder ya criticado en su día²², lo que ahora importa es que el TC entienda de una vez por todas que está llamado a reexaminar ese enfoque tradicional y a valorar las consecuencias que el mismo ha podido tener en el decurso de su jurisprudencia *ius europeae*.

Pues, para honrar su condición de específica y suprema jurisdicción de garantías constitucionales, el TC ha de superar ya su insistente reiteración de una evidencia normativa, la de que falta una expresa atribución legislativa al efecto de su intervención en relación con la ordinaria tarea de puntual y correcta aplicación del DUE, que en el desempeño de sus respectivas atribuciones corresponde a la jurisdicción ordinaria en cooperación, en su caso, con el TJUE.

Y ello, no solo porque esa intervención pudiera resultar obligada, en su caso, en virtud del derecho de la UE, algo que, conforme a su propia caracterización del artículo 93 CE, haría parte de su dimensión sustantiva; sino también, porque en el ordinario desenvolvimiento de su específica jurisdicción no siempre se ha guardado la debida consecuencia con esa reiterativa cantinela, de su incompetencia, a falta de atribución. Otra cosa es que, tal y como se ha dicho, no fuera tanto mejor que el enjuiciamiento y control de la ley aplicable, en ese evolucionado espacio de composición de estándares comunes, se apliquen en exclusiva o, de un modo complementario, en conjunción con estándares constitucionales propios, por cualesquiera órganos (jurisdiccionales), conforme al derecho procesal vigente, viniera a quedar sustentado, mediante una explícita previsión normativa, de modo que se observara así, de forma más consistente, la densidad normativa propia de toda constitución²³.

²² Cf. Antonio López Castillo, La Unión Europea «en constitución» y la constitución estatal en espera de reformas: a propósito de la DTC 1/2004, en *Teoría y realidad constitucional* 15, 2005, pp. 427-460.

²³ En ese sentido, por contraste con la praxis en Alemania, donde pese a la falta de un anclaje normativo que sustente la evolutiva asunción jurisprudencial, el TCFA trata de recuperar, en vía jurisprudencial, la centralidad decisoria perdida, sin perjuicio de tener que aplicar los estándares *ius fundamentales* propios del DUE, en exclusiva o en conjunción con los propios estándares constitucionales, a propósito del caso español, pensando en una futura andadura similar, se ha postulado la expresa previsión previa, mediante ley de esa

IV. Y, a modo de conclusión, un complementario apunte sobre el modo de retomar el diálogo interrumpido con el TJUE

A modo de conclusión, se deja aquí un apunte sobre el método más que sobre una cuestión de fondo —a la que se ha de volver en una próxima ocasión—, sobre el modo de proceder para asegurar una sólida y firme reconsideración de su planteamiento remanente, entre elusivo e intermitente. Pues, si el TC pretende reasumir su responsabilidad como partícipe singularizado (en la línea que apunta alguno de sus correspondientes) en la comunidad de intérpretes del DUE, si es que pretende seguir atendiendo su privativa función jurisdiccional como la singular jurisdicción constitucional que es, no puede seguir estando en la retaguardia de una suma plural de actores, limitándose a recibir los estándares gestados por otros mediante invocación de una cláusula hermenéutica estructural que, sobre su concreción mediante el artículo 10.2 CE, implícitamente operaría, así como lo hace en cualesquiera otros ordenamientos constitucionales abiertos, como la encarnación de una directriz de interpretación de conformidad, de aplicación típica.

A tal efecto, como paso previo a la decisión de reanudar el diálogo interrumpido con el TJUE, mediante el planteamiento de cuestiones prejudiciales, el TC haría bien en reconsiderar el sentido del fundamento constitucional de la integración reevaluando su grado de declarada suficiencia.

La relación personal, el intercambio de pareceres en seminarios conjuntos o la programación en su sede de conferencias de ilustres invitados (como el presidente del TJUE o la presidenta del TEDH), si bien son elementos favorecedores de un ambiente adecuado, no pueden hacer las veces de un trabajo de reflexión en el seno del TC. Una tarea pendiente que, en lo posible, se habría de basar en una concienzuda labor de estudio y de reflexiva propuesta previa, fruto del esfuerzo sistemático y organizado de un equipo de letrados bien dirigido desde su secretaría general (siguiendo en esto, los pasos que otros referentes han dado ya antes).

Solo así, se asegura una base firme sobre la que tratar de reemprender una comunicación correcta y necesaria; correcta, en una perspectiva funcional bien entendida, y necesaria, como el presupuesto de aplicación que es, en la perspectiva propia de tan intensa relación inter ordinamental, al efecto de posibilitar, si no de asegurar, la vigencia simultánea de estándares comunes configurados en concurso, en el vasto espacio aplicativo del DUE.

Que el TC entienda esto, mejor antes que después, no solo no contrariaría, sino que facilitaría, la segura salvaguarda del ordenamiento constitucional.

posible jurisprudencia asuntiva de estándares del DUE con ocasión del desempeño de su específica función jurisprudencial por parte del TC (*vide*, Pedro Cruz Villalón, «¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de Derechos fundamentales de la UE», en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 25/1, 2021, pp. 57-85).

EL CUSTODIO DE LA DEMOCRACIA EN LOS ASUNTOS RELATIVOS A LA INTEGRACIÓN EUROPEA. EL RECURSO DE AMPARO ANTE EL BVERFG PARA LA DEFENSA DEL DINERO ALEMÁN A LOS OJOS DE UN EXTRANJERO

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO
Catedrático de Derecho Administrativo

I. Introducción: las sentencias del BVerfG en los casos PSPP (2020) y «recursos propios» (2022); democracia y dinero; *ultra vires* e identidad constitucional

Dos recientes sentencias del BVerfG (la sentencia del segundo senado, de 5 de mayo de 2020, en el caso PSPP; y la del mismo órgano, de 6 de diciembre de 2022, en el caso «recursos propios») se pronuncian, desde una perspectiva *iusfundamental* desconocida, al menos, en el sistema constitucional español, sobre la cuestión de la democracia en Alemania y en la propia UE en relación con el dinero alemán comprometido en el programa de la integración europea. Las dos decisiones abordan los conflictos planteados a través del examen de una posible actuación *ultra vires* de órganos de la UE y de una eventual vulneración de la identidad constitucional alemana.

Hablar de *ultra vires* y, en general, del reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros en el Derecho público alemán significa inevitablemente hablar de democracia en Alemania, por los rigurosos y sofisticados contornos que el desarrollo dogmático del principio democrático tiene en ese Derecho: que los órganos de la UE respeten escrupulosamente los límites del poder que los Estados les han atribuido en los tratados es una exigencia del principio democrático en Alemania. Que la UE —permítase la expresión— «robe» competencias a Alemania, significa que también le «roba» democracia. El recorte en el nivel de legitimidad democrática del poder público ejercido por la UE, en Alemania, no solo afecta a principios fundamentales objetivos de la *Grundgesetz* (art. 20 GG), sino también a un derecho fundamental de los ciudadanos alemanes a su autodeterminación democrática (art. 38.1 GG). De ahí la importancia del respeto a los fundamentos competenciales de la UE. El control del *ultra vires* europeo es una herramienta al servicio de la preservación de la democracia alemana.

Es fácil de entender, por su parte, que el compromiso a través de decisiones de órganos de la UE de fondos procedentes del presupuesto alemán afecta asimismo a la competencia del Parlamento federal, que debe seguir siendo responsable de (y decidir sobre) los recursos y los gastos esenciales del Estado. Esto también incide sobre el principio democrático y, con ello, conforme a la doctrina del BVerfG, a la identidad constitucional alemana.

En la exposición que sigue se va a hacer, en primer lugar, referencia más detallada al contenido de las dos sentencias comentadas del BVerfG [1 y 2]. Después se expondrán los fundamentos teóricos de las reservas alemanas a la primacía del Derecho de la Unión Europea, que autorizan (y obligan) a ese tribunal a examinar actos nacionales de trasposición o ejecución del Derecho de la Unión (nunca, directamente, actos de la Unión Europea) conforme a criterios derivados de la *Grundgesetz* (II). A continuación, se tratará del contenido del derecho fundamental a la autodeterminación democrática (art. 38.1 GG) en asuntos relativos a la integración europea (III) y de la vía del recurso de amparo abierta por el BVerfG para su defensa (IV). Seguirá la exposición de las dos cuestiones centrales relativas al principio democrático que se analizan en las dos sentencias comentadas: la solución de problemas políticos no puede llevarse a cabo a través de la decisión de instituciones europeas independientes (V) y el Parlamento federal no puede dejar de ser «dueño de sus decisiones» presupuestarias (VI); para terminar con una consideración conclusiva que alude al papel de «custodio de la democracia» (no solo de la constitución) alemana que se ha reservado para sí mismo el BVerfG (VII).

1. LA SENTENCIA DEL BVERFG (SEGUNDO SENADO) DE 5 DE MAYO DE 2020 (CASO PSPP)

En 2015 el BCE aprobó un programa de compra masiva de valores públicos en el mercado secundario, conocido como *Public Sector Purchase Programme* (PSPP), que fue objeto de un proceso constitucional ante el BVerfG. El alto tribunal alemán planteó la cuestión prejudicial ante el TJUE, conforme a la doctrina que el mismo BVerfG había establecido en su sentencia *Honeywell*: con carácter general, antes de ejercer el control del *ultra vires* en un acto de un órgano de la Unión Europea, el BVerfG debería promover la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE), para dar al TJUE oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de los tratados y la validez y la interpretación del acto cuestionado¹.

El TJUE resolvió la cuestión prejudicial a través de la STJUE (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2018 (Weiss, asunto C-493/17). Y es la resolución de aquel proceso constitucional a través de la Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 5 de mayo de 2020 (caso PSPP) la que desencadenó una tormenta sin precedentes en el ámbito de la política europea y entre los académicos del Derecho público. Por primera vez en su historia, el BVerfG declaró (parcialmente) *ultra vires* una sentencia del TJUE (y las previas decisiones del BCE) y la consideró sin efectos ni carácter vinculante en Alemania. En una reacción inmediata (lo que, quizás, explica la posible exageración), por ejemplo, se calificó esa decisión como (probablemente) «la más importante en los más de 70 años de historia» del BVerfG².

¹ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 6 de julio de 2010 (caso *Honeywell*), ap. 60.

² Así, Daniel Sarmiento, «Requiem for judicial dialog – the German Federal Constitutional Court's judgment in the Weiss case and its European implications», *EULawLive*, núm. 16 (09-05-2020), pp. 9-20, en concreto, p. 9.

El PSPP se aprobó como una medida de política monetaria del BCE, con la intención de mantener la inflación algo por debajo del 2 por 100, pero el simple anuncio de la compra de deuda pública por parte de los Bancos centrales tiene importantes efectos secundarios de tipo económico y fiscal: como todos los operadores en el mercado saben que pueden vender la deuda pública a esos Bancos en el mercado secundario, sube la demanda de esos títulos y bajan los tipos de interés y lo que deben pagar los Estados por las nuevas emisiones de deuda. Los Estados encuentran más dinero para financiarse en condiciones favorables. A corto o medio plazo, además, mejora la situación económica, por ejemplo, de los bancos comerciales titulares de ese tipo de valores con riesgo; se altera la rentabilidad de los planes de pensiones; se incrementa también el riesgo de burbujas inmobiliarias; empresas poco competitivas pueden mantenerse en el mercado, porque los bajos tipos de interés les facilitan la refinanciación, etc.³. Dicho de forma sintética y tosca, pero gráfica: el auxilio del BCE a la prima de riesgo de los perezosos países del Sur «expropia» al ahorrador alemán⁴.

La cuestión es, entonces, si esas consecuencias pueden calificarse de indirectas, cuando los efectos sobre las políticas económicas son pretendidos o aceptados conscientemente; y a esos efectos corresponde, además, un peso equiparable al de la finalidad puramente monetaria⁵. En términos competenciales esto plantea si el BCE está manteniéndose con el PSPP en el ámbito de su competencia monetaria (art. 127.1 TFUE), o se está extralimitando para invadir el espacio de la política económica y fiscal que pertenece a los Estados miembros.

En el proceso sobre el PSPP se acumularon cuatro recursos de amparo, en los que un total de más de 1700 ciudadanos que invocan su derecho individual a la autodeterminación democrática (art. 38.1 GG) se dirigen indirectamente contra las decisiones del Banco Central Europeo (adoptadas de 2015 a 2017) que aprobaron y modificaron posteriormente el PSPP, y directamente contra una omisión del Gobierno y el Parlamento Federales, que permitieron que el mencionado programa de compra de deuda pública se llevara a cabo sin que el BCE hubiera justificado que el PSPP cumplía con las exigencias del principio de proporcionalidad.

Después de inadmitir algunas de las cuestiones planteadas por los recurrentes en amparo por enderezar la impugnación directamente contra actos de la Unión Europea y no de órganos estatales alemanes (que son los únicos sobre los que ejerce su jurisdicción el BVerfG) (ap. 93), las demandas se estiman parcialmente.

La sentencia declaró que el Gobierno y el Parlamento federales habían vulnerado el derecho de los recurrentes a la autodeterminación democrática (art. 38.1 GG) por no adoptar medidas adecuadas contra las decisiones del BCE relativas al PSPP, que no habían sido examinadas ni justificadas por dicho órgano conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad (ap. 116). Esas decisiones del BCE y la STJUE (Gran

³ Estos efectos se describen en la Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 5 de mayo de 2020 (caso PSPP), ap. 170-175.

⁴ La expresión, con la misma intención gráfica, en Matthias Ruffert, «Editorial: Für eine starke Rechtsgemeinschaft», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 21, p. 3.

⁵ Así lo planteó el BVerfG al formular su cuestión prejudicial ante el TJ; véase Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 5 de mayo de 2020 (caso PSPP), ap. 135.

Sala) de 11 de diciembre de 2018 (Weiss, asunto C-493/17), cuya interpretación de los tratados se califica como «absolutamente incompresible y, por eso, objetivamente arbitraria» (ap. 118), se declaran como actos *ultra vires* y, por tanto, no aplicables ni vinculantes en Alemania (ap. 234).

Al Gobierno y al Parlamento federales, en virtud de su denominada «responsabilidad en la integración (europea)», se les impone la obligación de hacer todo lo posible para que el BCE realice el examen y la justificación de la proporcionalidad del PSPP [lo que no se considera incompatible con el respeto a la independencia de ese órgano europeo (art. 130 TFUE)] (ap. 232). Y al Bundesbank se le prohíbe participar en el futuro en la ejecución de las decisiones relativas al PSPP, salvo que en el plazo transitorio de tres meses (hasta el 5 de agosto de 2020) el BCE, en una nueva decisión, justificara de forma comprensible que los objetivos de política monetaria pretendidos con el PSPP son ponderados en relación con sus consecuencias en materia de política económica y fiscal (ap. 235). En efecto, ambos órganos constitucionales, con más de un mes de antelación con respecto al plazo de tres meses concedido por la sentencia del BVerfG, resolvieron que la nueva justificación procedente del BCE cumplimentaba adecuadamente los requisitos de motivación exigidos por la sentencia del BVerfG, por lo que el Bundesbank podía seguir participando en el PSPP⁶.

En lo demás, las demandas de amparo se desestimaron. El BVerfG aceptó, aunque con reparos, la respuesta a su cuestión prejudicial otorgada por la STJUE en el asunto Weiss relativa a si el PSPP vulneraba la prohibición de las ayudas financieras a los Estados miembros (art. 123 TFUE)⁷; y a si el reparto del riesgo de pérdidas podría afectar a la identidad constitucional alemana por comprometer la competencia presupuestaria del Parlamento federal, cuestión esta que fue inadmitida, por considerarse meramente hipotética, por la STJUE Weiss⁸.

2. LA SENTENCIA DEL BVERFG (SEGUNDO SENADO) DE 6 DE DICIEMBRE DE 2022 (CASO «RECURSOS PROPIOS»)

Menos conocida que la sentencia del caso PSPP es (y menos revuelo ha causado) la posterior sentencia del BVerfG en el caso «recursos propios» que, no obstante, se sitúa en la misma clase de asuntos resueltos por el alto tribunal alemán. La sentencia se dicta para resolver dos recursos de amparo acumulados formulados por casi tres mil ciudadanos alemanes (que invocan sus derechos personales) contra la ley federal que ratifica (conforme al art. 23 GG, desde la perspectiva del Derecho interno; y al art. 311, párrafo 3.º, TFUE, desde la perspectiva del DUE) la Decisión del Consejo de 2020

⁶ Esta información, en la página web del Deutscher Bundestag (Drucksache 19/20621); y en la *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 3 de agosto de 2020: «EZB-Ulteil: Weidmann sieht Forderungen des Verfassungsgerichts als erfüllt an».

⁷ STJUE (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2018 (Weiss, asunto C-493/17), ap. 101-158.

⁸ STJUE (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2018 (Weiss, asunto C-493/17), ap. 159-167.

sobre el sistema de recursos propios de la UE⁹. Esta decisión, como se sabe, constituye uno de los pilares del programa de financiación «Next Generation EU» diseñado para hacer frente a la crisis derivada de la pandemia de covid-19¹⁰.

Los recurrentes consideran vulnerado su derecho a la autodeterminación democrática (art. 38.1 GG) por la ley alemana que ratifica una decisión del Consejo que incurriría en diversos supuestos de *ultra vires* y que desfiguraría la identidad constitucional alemana. Los vicios de *ultra vires* se refieren, sobre todo, a los arts. 5 (autorización a la Comisión para contraer empréstitos en mercados de capitales en nombre de la Unión por un máximo de hasta 750.000 millones de euros) y 9 (requerimiento a los Estados miembros para que aporten provisionalmente la diferencia entre los activos globales y las necesidades de tesorería) de la Decisión. Estos preceptos carecerían de cobertura competencial a la vista de la supuesta prohibición general de asunción de créditos por parte de la UE¹¹ y de lo dispuesto en los arts. 122 (regulación de ayudas en caso de necesidad), 125 (prohibición del rescate) y 311 TFUE (regulación de los recursos propios de la Unión).

No es posible seguir el detalle de la argumentación que conduce al BVerfG, esta vez, a desestimar las pretensiones de los demandantes de amparo. Sí debe llamarse la atención, en general, sobre la perplejidad que provoca en el lector la decidida forma en que la sentencia aborda una tarea que no corresponde al BVerfG (la interpretación del DUE, art. 19.1 TUE) como presupuesto lógico de otra que sí le compete (porque el BVerfG se la ha autoatribuido): depurar las extralimitaciones competenciales de órganos de la UE que sean evidentes y estructuralmente relevantes. En los diversos escalones del análisis se reproduce la siguiente estructura argumentativa: interpretación del Derecho primario de la UE, contraste con los preceptos cuestionados y una conclusión que afirma que no se excluye la vulneración alegada, pero que esta no puede calificarse de evidente¹².

Lo que sí parece evidente es que el BVerfG tendría que haber planteado la cuestión prejudicial ante el TJUE en relación con los arts. 122 y 311 TFUE. El alto tribunal alemán justifica la decisión de no plantearla con el argumento de que la interpretación de esos preceptos de la que él ha partido es lo suficientemente estricta como para que otra menos rigurosa por parte del TJUE también condujera a la conclusión de que las extralimitaciones alegadas no son evidentes y, por tanto, a la misma decisión de desestimar los recursos de amparo¹³. Esta motivación parece incorrecta. El propio BVerfG

⁹ Decisión (UE, Euratom) 2020/2053 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea y por el que se deroga la Decisión 2014/335/UE, Euratom.

¹⁰ Puede verse, sobre esto, Matthias Goldmann, «Langfristige Bindungen. Zum Urteil des BVerG vom 6-12-2022 – NextGenEU – 2 BvR 547/21 und 2 BvR 798/21», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 11/2023, pp. 791-798, en especial, pp. 791-792.

¹¹ Sobre esto, por ejemplo, Mathias Goldmann, «Langfristige...», cit., pp. 793-795.

¹² Véase, por ejemplo, Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 6 de diciembre de 2022 (caso «recursos propios»), ap. 203.

¹³ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 6 de diciembre de 2022 (caso «recursos propios»), ap. 326.

destaca que la interpretación de estos preceptos es dudosa¹⁴ y, por tanto, no se está ante un «acto claro» que cumpla con los requisitos que la jurisprudencia CILFIT¹⁵ impone para justificar la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial¹⁶.

También desestima el BVerfG el reproche que se dirigía a la ley alemana de ratificación desde la perspectiva de la preservación de la identidad constitucional (y, con ello, la totalidad de las pretensiones). Alegaban los recurrentes que los arts. 6 (aumento extraordinario y temporal de los límites máximos de los recursos propios) y 9 (requerimiento a los Estados miembros para que aporten provisionalmente la diferencia entre los activos globales y las necesidades de tesorería) de la Decisión del Consejo consumaban un avance inadmisiblemente constitucionalmente hacia la unión fiscal, que determinaría la asunción por Alemania durante un largo espacio de tiempo (hasta el reembolso íntegro de los pasivos que debe producirse, como máximo, hasta el 31 de diciembre de 2058) de posibles responsabilidades derivadas de decisiones imputables a otros Estados.

La sentencia argumenta que no puede constatarse con evidencia que los citados preceptos comprometan la responsabilidad global del Parlamento federal sobre la decisión política del presupuesto. Habría riesgos elevados de que eso sucediera, pero estos no se sitúan más allá del amplio margen de valoración del que dispone el Parlamento sobre la política presupuestaria, en atención a la estricta vinculación finalística de los fondos y a su clara delimitación en lo que se refiere a la cuantía y al tiempo¹⁷.

II. Teoría del Estado y reservas alemanas a la primacía del Derecho de la Unión Europea

La doctrina constitucional alemana sobre la naturaleza de la UE está construida sobre una teoría del Estado clásica (también alemana, pero que ha ejercido una notable influencia en el Derecho público de otros países del continente europeo, entre ellos, en el español): la UE es una organización de Derecho internacional público creada a través de tratados internacionales. Representa un modelo de desarrollo realmente único en el contexto del Derecho de las organizaciones internacionales, pero nunca hasta ahora ha subido al escalón, conceptualmente distinto, del Estado federal. El término «supranacionalidad» que la doctrina académica utiliza con frecuencia para referirse a la UE —en contraposición a la mera «internacionalidad»— no constituye un concepto definido y distinto de la teoría del Estado, sino una mera categoría descriptiva de unas características (poder normativo propio, efecto directo y primacía de su Derecho,

¹⁴ Así, voto particular del Juez Müller a la Sentencia del Segundo Senado de 6 de diciembre de 2022 (caso «recursos propios»), ap. 23.

¹⁵ Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 1982 (asunto 283/81, CILFIT), ap. 13 y ss.

¹⁶ Así, Mathias Goldmann, «Langsfristige...», cit., p. 793.

¹⁷ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 6 de diciembre de 2022 (caso «recursos propios»), ap. 211.

posibilidad de decisiones adoptadas por mayoría, existencia de órganos independientes, etc.) que, en tal intensidad y combinación, solo se dan en aquella¹⁸.

Desde su sentencia sobre el tratado de Maastricht el BVerfG utiliza el término «Unión de Estados» (*Staatenverbund*)¹⁹, no como una expresión cualitativamente nueva de la teoría del Estado o del Derecho internacional público, sino como un concepto que describe un sistema organizativo único, en el marco del Derecho internacional, en cuanto a su alto grado de integración. Determinante para el BVerfG es que la soberanía sigue siendo un atributo de los Estados miembros, lo que significa tanto como que no puede entregarse a la UE el poder de decidir sobre el alcance de sus competencias, ni el de crear competencias propias nuevas. Según la teoría del Estado alemana clásica, esta competencia de decidir sobre la propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*) pertenece como atributo definitorio al poder soberano²⁰; es el «santo grial de la estatalidad»²¹.

Para aumentar sus poderes la UE necesita de la actuación de los Estados miembros, que siguen siendo los «dueños» o «señores» de los tratados. No puede sorprender en este contexto el valor argumentativo que la jurisprudencia del BVerfG ha otorgado al principio de la competencia de atribución (art. 5.1 TUE), definitorio del poder que los Estados miembros han entregado a la Unión²². Desde el punto de vista del principio democrático, esta construcción se completa con la idea de que la legitimidad democrática de la UE descansa, sobre todo, en los parlamentos nacionales; aunque esta línea legitimadora se complementa con la vía dual prevista en el art. 10.2 TUE: representación de los ciudadanos en el Parlamento Europeo y de los Estados miembros en el Consejo a través de sus Gobiernos, por su parte, democráticamente responsables. El «cambio de sistema» de lo que es ahora la Unión Europea a un Estado federal europeo ni siquiera estaría cubierto por la redacción actual del art. 23 GG (el precepto que regula las cuestiones relativas a la UE) y no podría llevarse a cabo a través de una ley de reforma constitucional conforme a lo que prevé la *Grundgesetz*, sino que requeriría la aprobación de una nueva Constitución como resultado del ejercicio del poder soberano por el pueblo alemán (art. 146 GG)²³. A mi juicio, de la teoría del Estado que está detrás de esta concepción de la UE puede decirse que es clásica, pero no que sea provinciana²⁴.

Con esto se llega a la primacía del DUE y sus (posibles) límites. La jurisprudencia del TJUE fundamenta esa primacía —en principio, absoluta— en la misma naturaleza

¹⁸ Sobre esto, por todos, Rudolf Streinz, *Europarecht*, 11.ª ed., Heidelberg, 2019, pp. 49-54.

¹⁹ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 12 de octubre de 1993 (caso Maastricht), ap. 90, 94, 95, *passim*.

²⁰ Véase, por ejemplo, Georg Jellinek, *Teoría General del Estado* (traducción de Fernando de los Ríos de la 2.ª ed. alemana de 1911), FCE, México, 2000, pp. 449-450.

²¹ La gráfica expresión, en Heiko Sauer, «Substantive EU law review beyond the veil of democracy: the German Federal Constitutional Court ultimately acts as Supreme Court of the EU», *EULawLive*, núm. 16 (09-05-2020), pp. 2-8, en concreto, p. 5.

²² Rudolf Streinz, *Europarecht*, cit., p. 53. Véase, también, Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 6 de diciembre de 2022 (caso «recursos propios»), ap. 126.

²³ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 30 de junio de 2009 (caso Tratado de Lisboa), ap. 362.

²⁴ Así («parochial theory of the State forms»), sin embargo, Heiko Sauer, «Substantive...», cit., p. 5.

de ese Derecho (un «nuevo ordenamiento de Derecho internacional»²⁵, o un «ordenamiento jurídico propio»)²⁶, que necesita esencialmente ser aplicado de manera uniforme en todos los Estados miembros. En la jurisprudencia del BVerfG, por el contrario, la primacía del DUE encuentra su fundamento en la *Grundgesetz*, que autoriza esa primacía. Esta diferencia de partida tiene consecuencias importantes. Si el fundamento de la primacía se encuentra en la Constitución nacional, la primacía solo llega hasta donde alcance la posibilidad de su autorización en esa Constitución. Los límites a esa autorización pueden proceder de preceptos constitucionales expresos o de la interpretación constitucional. La peculiaridad alemana en este punto consiste en el precepto constitucional que contiene la denominada «cláusula de eternidad», el art. 79.3 GG: lo que la propia *Grundgesetz* identifica como inmodificable por la vía de la ley de reforma constitucional (los principios del Estado federal y del Estado social y democrático de Derecho...) necesariamente constituye un límite a la transferencia de poder derivado de la Constitución a la UE y a la primacía del Derecho de esta. Y el BVerfG se ha reconocido la competencia de controlar que esos límites se respetan por parte de los órganos de la UE.

La primacía del DUE, en definitiva, conforme a la tesis del BVerfG, no es absoluta en Alemania (como, por otra parte, sucede en otros Estados miembros), sino que se mueve dentro de unos límites cuya observancia controla el alto tribunal alemán. Por supuesto, esta concepción no coincide con la del TJUE, que no puede reconocer límites a la primacía del Derecho de la Unión como consecuencia del punto de partida de su jurisprudencia, conforme al cual es el propio DUE (no las Constituciones nacionales) el que determina la relación de sus normas con la de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Pero, desde luego, no es posible sorprenderse ya de que algunos tribunales superiores o constitucionales nacionales establezcan «reservas» a dicha primacía para casos extremos y con estrictos requisitos de apreciación²⁷. Es posible criticar la concreta forma en que se lleva a cabo el control a través de una de esas reservas, pero no manifestar a estas alturas extrañeza por la existencia, en general, de esas «reservas».

Es suficientemente conocido que la jurisprudencia del BVerfG ha desarrollado tres supuestos de reservas a la primacía del DUE, que autorizan (y obligan) a ese tribunal a examinar actos nacionales de trasposición o ejecución del Derecho de la Unión (nunca, directamente, actos de la UE) conforme a criterios derivados de la *Grundgesetz*: la que se refiere al control del nivel de protección de derechos fundamentales, la que responde a la extralimitación «evidente y estructuralmente relevante» en el ejercicio de competencias por parte de órganos de la UE (*ultra vires*) y la que se basa en la salvaguarda

²⁵ STJUE de 5 de febrero de 1963 (Van Gend & Loos, asunto 26/62).

²⁶ Así, ya, STJUE de 15 de julio de 1964 (Costa/ENEL, asunto 6/64).

²⁷ En sentido parecido, Ulrich Haltern, «Ultra-vires-Kontrolle im Dienst europäischer Demokratie», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2020, pp. 817-823, en concreto, p. 818; Martin Nettesheim, «Das PSPP-Urteil des BVerfG – ein Angriff auf die EU?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, pp. 1631-1634, en concreto, p. 1632; Christian Callies, «Konfrontation statt Kooperation zwischen BVerfG und EuGH? Zu den Folgen des Karlsruher PSPP-Urteils», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2020, pp. 897-904, en concreto, p. 900.

de la identidad constitucional alemana²⁸. Siempre ha sido imprecisa la relación de esas tres reservas entre ellas. En la Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 21 de junio de 2016 (caso OMT), por ejemplo, el tribunal alemán pareció reconducir el *ultra vires* y la identidad constitucional a un fundamento dogmático único. En las sentencias sobre el PSPP y los «recursos propios», sin embargo, el BVerfG se ha separado de ese camino y ha aplicado el control sobre el acto *ultra vires* con desconexión completa con respecto a la identidad nacional²⁹. En términos generales, por cierto, el supuesto de reserva que parece menos cuestionado como límite a la primacía aplicativa del DUE es el que se refiere a la salvaguarda de la identidad constitucional³⁰, por el fuerte carácter simbólico (además del estrictamente jurídico) de la «cláusula de eternidad» del art. 79.3 GG; y por su mención, como límite de obligatorio respeto por parte de la Unión, en el art. 4.2 TUE.

El BVerfG resume en la sentencia comentada sobre el PSPP del siguiente modo las tesis que acaban de exponerse y el uso que está dispuesto a hacer de la reserva del *ultra vires*: que en los casos límite de posibles excesos competenciales por parte de los órganos de la UE puedan existir diferencias de enjuiciamiento desde las perspectivas de la Constitución nacional y del DUE se debe a la circunstancia de que los Estados miembros siguen siendo, también después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, dueños o señores de los tratados y a que no se dio con aquel el paso hacia un Estado federal. Las inevitables tensiones que derivan de esta construcción deben solucionarse de forma cooperativa, como exige la idea europea de integración, y a través del ejercicio de la consideración recíproca³¹.

Creo que merece la pena terminar este apartado con un apunte de Derecho comparado. Para el Tribunal Constitucional español también es la Constitución española el fundamento de la primacía del Derecho de la Unión: es la propia Constitución la que ha dispuesto un régimen de aplicación que otorga «preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional»; «la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio»³². Sin embargo, ninguna reserva expresa ha formulado nuestro alto tribunal en relación con la observancia por parte de la Unión de los límites de ese ámbito que «le es propio». Parece que la respuesta del Estado español a una deriva del DUE incompatible con la Constitución española solo puede ser la reforma constitucional o el abandono de la UE³³. En mi opinión, desde el punto de vista de la construcción conjunta de la comunidad jurídica en que consiste la UE no es necesariamente

²⁸ Sobre esto, Rudolf Streinz, *Europarecht*, cit., pp. 80-96.

²⁹ Sobre esto, para el caso PSPP, Christian Callies, «Konfrontation...», cit., pp. 900-901.

³⁰ Véase, por ejemplo, Christian Callies, «Konfrontation...», cit., p. 902; Markus Ludwigs, «The consequences of the judgement of 5 May 2020 of the Second Senate of the German Constitutional Court», versión escrita del Public Hearing at the Committee on Legal Affairs, Committee on Constitutional Affairs, 14 de julio de 2020 (disponible online), pp. 6-7).

³¹ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 5 de mayo de 2020 (caso PSPP), ap. 111.

³² DTC 1/2004, de 13 de diciembre (sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa), FJ 4.

³³ *Ibidem*.

mejor la cómoda ausencia española de reservas que el ejercicio responsable y cooperativo de ásperas reservas a la primacía (como las formuladas por el BVerfG), que, sin embargo, permiten el debate eficaz y el control recíproco entre altas instancias judiciales en relación con cuestiones constitucionales relevantes³⁴.

III. El derecho fundamental a la autodeterminación democrática

Quizás el aspecto más difícilmente comprensible para el lector no alemán que se acerca por primera vez a estas decisiones del BVerfG es el de la construcción y el alcance en Alemania del derecho fundamental «a la democracia» o «a la autodeterminación democrática», que se deriva del derecho de sufragio activo garantizado en el art. 38.1 GG. Que del derecho al voto en las elecciones al Parlamento federal se llegue a una pretensión *iusfundamental* que autoriza y obliga al BVerfG a examinar decisiones del Consejo, del BCE o del TJUE desde la perspectiva del *ultra vires* o de la defensa de la identidad constitucional alemana no es algo fácil de entender para el jurista español (ni, seguramente, de otros países europeos).

La argumentación que lleva de un punto a otro empieza con la dignidad de la persona (nada menos) y termina con la defensa que el citado precepto constitucional dispensa, en primer término, frente a las modificaciones estructurales del Derecho de la organización estatal como consecuencia de la transferencia de poderes soberanos a la UE o de su ejercicio *ultra vires* por parte de los órganos de aquella: la *Grundgesetz* parte de la dignidad del individuo libre que incluye el derecho del ciudadano a influir, a través de elecciones y referenda, en libertad e igualdad, en el poder público que le afecta; el individuo tiene que poder participar de forma responsable en la mayor medida posible en las decisiones públicas que afectan a todos; el derecho de sufragio activo protege, así, tanto frente a la pérdida sustancial de poder del Parlamento, como frente al ejercicio de competencias por órganos con un injustificadamente bajo nivel de legitimidad democrática³⁵.

Conforme a la exposición de las sentencias que se utilizan como referencia: el derecho de sufragio activo (art. 38.1 GG) no se limita a posibilitar con las elecciones la legitimidad formal del poder público ejercido por la Federación, sino que tiene también un contenido material e incluye la pretensión de los ciudadanos de someterse solo a un poder público en el que ellos puedan participar e influir, porque todo el poder público ejercido en Alemania debe poder ser reconducible al pueblo (art. 20.2 GG)³⁶. Este derecho fundamental a la autodeterminación democrática también rige en los

³⁴ En sentido parecido, María J. Roca, «La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Programa de Compra de Bonos por el Banco Central Europeo: el control *ultra vires* y la primacía del Derecho europeo», *Saggi – DPCE online*, 2020/2, pp. 2845-2856, en concreto, p. 2853.

³⁵ Así, en síntesis, por ejemplo, Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 21 de junio de 2016 (caso OMT), ap. 124-126; y Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 6 de diciembre de 2022 (caso «recursos propios»), ap. 121.

³⁶ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 5 de mayo de 2020 (caso PSPP), ap. 99; Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 6 de diciembre de 2022 (caso «recursos propios»), ap. 124.

asuntos relativos a la integración europea, de tal manera que la forma y la medida de la transferencia de competencias soberanas a la Unión (conforme a lo previsto en el art. 23 GG, el equivalente a nuestro art. 93 CE, pero con una densidad regulativa bastante mayor) también debe responder a principios democráticos que imponen que el poder configurador del Parlamento federal, en especial, su competencia presupuestaria, debe preservarse sustancialmente³⁷.

La conexión entre el *ultra vires* por parte de un órgano de la UE y el derecho a la autodeterminación democrática del ciudadano alemán se hace ya evidente: cuando ese órgano de la Unión se atribuye a sí mismo y ejerce competencias que no le han sido transferidas, se ve afectado el proceso decisorio democrático y la reconducibilidad al pueblo del ejercicio del poder público conforme a lo dispuesto por el Derecho alemán de organización.

Por otra parte, el derecho a la autodeterminación democrática (art. 38.1 GG) también se vulnera cuando en la ejecución del programa europeo de integración no se respetan los límites que a ese programa impone el citado art. 79.3 GG: lo que la denominada «cláusula de eternidad» identifica como inmodificable por la vía de la ley de reforma constitucional, entre otros, el principio democrático³⁸.

Es difícil encontrar un mejor ejemplo de subjetivación *iusfundamental* del contenido de un principio de Derecho *objetivo*, como es el principio democrático³⁹. Si se compara el contenido del derecho fundamental garantizado por los dos apartados del art. 23 CE a los ciudadanos y a los cargos que los representan políticamente con el contenido del equivalente art. 38.1 GG puede apreciarse bien lo que se está diciendo. El derecho fundamental del art. 23 CE, en lo que se refiere al sistema de representación política (dejando de lado, por tanto, el derecho al acceso en condiciones de igualdad a los cargos funcionariales), se descompone en un limitado listado de facultades subjetivas *iusfundamentales* atribuidas a los ciudadanos y a sus representantes políticos: el derecho al voto de los ciudadanos, el acceso al cargo de sus representantes políticos, el ejercicio por estos de las funciones que le son propias y la permanencia en el cargo, etc.⁴⁰.

Frente a esta suma de concretas facultades subjetivas *iusfundamentales* protegidas por el art. 23 CE, el art. 38.1 GG integra como contenido subjetivo de este derecho fundamental la práctica totalidad de las exigencias que el principio democrático impone al Derecho estatal de organización para garantizar que el ejercicio del poder público sea reconducible al electorado (pueblo) que le otorga legitimidad.

³⁷ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 5 de mayo de 2020 (caso PSPP), ap. 101.

³⁸ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 6 de diciembre de 2022 (caso «recursos propios»), ap. 121 y 133.

³⁹ De forma parecida, Heiko Sauer, «Substantive...», cit., pp. 3-4.

⁴⁰ Véase, por todos, con cita de copiosa jurisprudencia constitucional, Ángel Marrero García-Rojo, «Art. 23.1. El derecho a participar en los asuntos públicos y el acceso a cargo público representativo», en Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, 2018, tomo I, pp. 674-701.

IV. El recurso de amparo para la defensa del derecho fundamental a la democracia en cuestiones relativas a la integración europea

Más sofisticada todavía que el desarrollo del contenido sustantivo del derecho fundamental a la autodeterminación democrática es la articulación de la vía procesal de defensa de ese derecho a través del recurso de amparo ante el BVerfG en asuntos relativos a la integración europea.

Es conocido que la tendencia general con respecto a la admisibilidad del recurso de amparo ha sido en las últimas décadas la de establecer requisitos adicionales para limitar la entrada de asuntos en el BVerfG. El requisito del Derecho español relativo a que el asunto sometido a la consideración del Tribunal Constitucional tenga una «especial transcendencia constitucional» [art. 50.1 b) LOTC] había sido introducido ya anteriormente en el Derecho alemán utilizando la expresión «relevancia constitucional fundamental» [§ 93 a) de la Ley del BVerfG]. No es esa, sin embargo, la tendencia que está mostrando el BVerfG en los asuntos en los que el derecho a la democracia (art. 38.1 GG) se invoca precisamente en el contexto de la integración europea⁴¹.

En esta materia el acceso al recurso de amparo se ha abierto con tanta amplitud como se abren «las puertas de un granero»⁴², porque el BVerfG ha construido, paso a paso, una «acción popular»⁴³ contra el *ultra vires* de la UE y para la defensa de la identidad constitucional alemana; y porque, además, los criterios que delimitan el concepto de *ultra vires* (evidencia y relevancia estructural) son tan imprecisos que malamente pueden cumplir la función de canalizar con rigor la entrada de asuntos en el tribunal⁴⁴. Téngase en cuenta, por otra parte, que el objeto del recurso de amparo difícilmente caerá bajo la competencia de ningún otro órgano judicial alemán, por lo que el recurrente se presenta directamente en el BVerfG con su demanda de amparo, en principio, sin agotar ninguna vía judicial previa.

Con ello, la competencia del BVerfG en la resolución de los recursos de amparo se desvincula de la necesidad subjetiva de protección individual (que es típica de ese recurso) para el restablecimiento de una libertad del ciudadano⁴⁵. En el caso del PSPP, por ejemplo, parece claro que cualquier ciudadano alemán puede dirigir a las decisiones monetarias del BCE la misma queja que los recurrentes en amparo relativa a que aquellas tienen efectos sensibles sobre la situación económica en Alemania⁴⁶. Y cualquier

⁴¹ Así, voto particular de la magistrada Lübke-Wolff a la decisión del BVerfG (Segundo Senado) de 14 de enero de 2014 de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE en el caso OMT, ap. 14.

⁴² Así, crítico, Ulrich Haltern, «Ultra-vires-Kontrolle...», cit., p. 820.

⁴³ Utilizan la expresión el voto particular del magistrado Gerhardt a la decisión del BVerfG (Segundo Senado) de 14 de enero de 2014 de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE en el caso OMT, ap. 7; y Christian Callies, «Konfrontation...», cit., p. 899.

⁴⁴ Voto particular del magistrado Gerhardt a la decisión del BVerfG (Segundo Senado) de 14 de enero de 2014 de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE en el caso OMT, ap. 7.

⁴⁵ Christian Callies, «Konfrontation...», cit., p. 899.

⁴⁶ Christoph Möllers, «Sollte die EU-Kommission Deutschland wegen des Karlsruher Ultra-Vires-Urteils verklagen? Contra», accesible *online* en verfassungsblog.de, de 16 de mayo de 2020, p. 1/4.

ciudadano alemán se vería asimismo afectado por la pérdida del poder de disposición del Parlamento federal al aprobar los presupuestos en la misma medida que los recurrentes en el caso «recursos propios».

Por otra parte, con este recurso de amparo contra el *ultra vires* de la UE se crea, de hecho, un recurso individual ante el BVerfG contra actos jurídicos de la Unión (aunque estos sean examinados por aquel indirectamente) que abre la posibilidad de injerencias (al menos, también, indirectas) en la competencia de enjuiciar la validez de los actos de la UE atribuida al TJUE conforme al art. 263 TFUE⁴⁷.

Según la jurisprudencia del BVerfG son destinatarios obligados por el derecho fundamental a la democracia en los asuntos relativos a la integración europea los órganos constitucionales a los que la *Grundgesetz* impone (art. 23 GG) la responsabilidad de vigilancia del mantenimiento del programa de la integración (europea), en especial, el Gobierno y el Parlamento federales⁴⁸. Obviamente, esto implica que no son objeto directo de la impugnación a través del recurso de amparo las decisiones del BCE y la sentencia del TJ Weiss, sino las omisiones de esos dos órganos constitucionales, que no reaccionaron frente a la actuación *ultra vires* de los órganos de la Unión (en el caso PSPP); ni la Decisión del Consejo de 2020 sobre el sistema de recursos propios, sino la ley federal que la ratifica (en el caso «recursos propios»). El Gobierno y el Parlamento federales tienen una obligación objetiva (que se corresponde con el derecho subjetivo del ciudadano) de reacción frente al *ultra vires*, que deriva de la responsabilidad sobre la integración que les compete⁴⁹. Ya se ha dicho que, de hecho, en el caso PSPP algunas de las cuestiones planteadas por los recurrentes en amparo fueron inadmitidas por formular la impugnación directamente contra actos de la UE y no de órganos estatales alemanes, que son los únicos sobre los que ejerce su jurisdicción el BVerfG⁵⁰.

Que el recurso de amparo se dirija, en ocasiones, frente a omisiones de órganos constitucionales plantea dos problemas distintos, aunque relacionados entre sí. Por una parte, la jurisprudencia del BVerfG ha establecido que las omisiones del Parlamento o del Gobierno federales solo pueden impugnarse a través del recurso de amparo cuando el recurrente puede invocar un mandato expreso de la *Grundgesetz* que delimite en lo esencial el contenido y el alcance de la obligación de actuar que se considera vulnerada. Pues bien, parece claro que ese mandato expreso no existe en el caso del recurso de amparo dirigido frente al *ultra vires* de la Unión⁵¹.

En segundo lugar, se sitúa el problema de determinar lo que, en concreto, el derecho fundamental exige de la actuación del Gobierno y el Parlamento federales: cuál será, en caso de éxito del recurso de amparo, la condena que se imponga al Gobierno

⁴⁷ Ingolf Pernice, «Sollte die EU-Kommission Deutschland wegen des Karlsruher Ultra-Vires-Urteils verklagen? Pro», accesible *online* en verfassungsblog.de, de 16 de mayo de 2020, p. 3/8.

⁴⁸ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 5 de mayo de 2020 (caso PSPP), ap. 106-107.

⁴⁹ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 21 de junio de 2016 (caso OMT), ap. 83; Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 6 de diciembre de 2022 (caso «recursos propios»), ap. 122.

⁵⁰ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 5 de mayo de 2020 (caso PSPP), ap. 93.

⁵¹ Así, voto particular de la magistrada Lübbe-Wolff a la decisión del BVerfG (Segundo Senado) de 14 de enero de 2014 de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE en el caso OMT, ap. 18, con referencias jurisprudenciales. También lo destaca Christian Callies, «Konfrontation...», cit., p. 899.

y al Parlamento para dar satisfacción a la pretensión del recurrente. El propio BVerfG reconoce que el Gobierno y el Parlamento federales tienen un amplio margen de actuación en la adopción de las medidas (políticas o jurídicas) adecuadas contra la actuación *ultra vires* de un órgano de la UE⁵².

El Gobierno puede, por ejemplo, decidir interponer un recurso frente al acto *ultra vires* ante el TJUE, como también es posible que en el Parlamento se formulen preguntas al Gobierno al respecto o, incluso, se utilice el argumento de la omisión del ejecutivo para plantear una moción de censura. La sentencia del BVerfG en el caso «recursos propios» contiene un largo listado de reacciones posibles del Parlamento y el Gobierno federales, de carácter jurídico y político, frente a un eventual *ultra vires* en que incurran órganos europeos⁵³. Pero es discutible que el BVerfG disponga de criterios jurídicos para imponer al Gobierno y al Parlamento obligaciones de actuación positiva en respuesta al *ultra vires* invocado en el amparo⁵⁴. La cuestión relativa a cómo esos órganos constitucionales deben responder a la extralimitación competencial de la Unión es una cuestión de discrecionalidad política que debe sustanciarse a través del proceso democrático⁵⁵. Que el ciudadano pueda dirigir en un determinado sentido, por ejemplo, la fijación del orden del día del Parlamento federal con ayuda del BVerfG no puede explicarse en el marco de las reglas constitucionales relativas al trabajo parlamentario⁵⁶.

V. La solución de problemas políticos a través de la decisión de instituciones europeas independientes

La cuestión de fondo más relevante, desde la perspectiva del principio democrático, sobre la que se pronuncia la sentencia del BVerfG en el caso del PSPP es, a mi juicio, la que se refiere a la actuación de los órganos independientes en la UE, como es el caso del BCE. «El núcleo del problema democrático que ha ocupado al BVerfG es que la UE se valga de instituciones independientes para conseguir resultados de carácter altamente político»⁵⁷. La tensión dialéctica que los órganos independientes generan desde el punto de vista del principio democrático se resuelve normalmente explicando que una tarea pública solo puede desengancharse de las vías de control democrático cuando su ejercicio, por una parte, exige, por alguna razón justificada (que se pondera con el principio democrático), independencia; y, por otra, no necesita de ninguna considera-

⁵² Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 5 de mayo de 2020 (caso PSPP), ap. 109.

⁵³ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 6 de diciembre de 2022 (caso «recursos propios»), ap. 142-146.

⁵⁴ Lo destacan, en tono crítico con la jurisprudencia creada por las sentencias del BVerfG en los casos OMT y PSPP, Christian Callies, «Konfrontation...», cit., p. 898; y Matthias Ruffert, «Europarecht: Vorlagebeschluss zu den Anleihekäufen der EZB», *Juristische Schulung*, 2017, pp. 1229-1232, en concreto, p. 1231.

⁵⁵ Voto particular de la magistrada Lübbe-Wolff a la decisión del BVerfG (Segundo Senado) de 14 de enero de 2014 de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE en el caso OMT, ap. 12.

⁵⁶ Voto particular del magistrado Gerhardt a la decisión del BVerfG (Segundo Senado) de 14 de enero de 2014 de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE en el caso OMT, ap. 21.

⁵⁷ Ulrich Haltern, «Ultra-vires-Kontrolle...», cit., p. 820.

ción de tipo político general y fundamental, sino que se dirige solo a la consecución de un fin único y bien definido⁵⁸. Para la doctrina constitucionalista alemana, la interpretación estricta de las competencias de este tipo de órganos y la especial intensidad del control judicial sobre este aspecto son exigencias, también, del principio democrático⁵⁹.

Lo que, con frecuencia, ha sucedido en la UE es que el bloqueo de los cauces políticos de adopción de decisiones ha sido compensado o sustituido por el activismo de las instituciones europeas independientes: la dogmática de la primacía del Derecho comunitario y de su efecto directo se crea por el TJUE cuando el proceso decisorio en el Consejo se paraliza a la sombra del derecho de veto. Otro momento de bloqueo de la armonización legislativa en el Consejo tuvo su remedio sustitutorio en la jurisprudencia del TJUE sobre el reconocimiento mutuo en el mercado interior⁶⁰. Es innegable que, con referencia al activismo judicial del TJUE, se explica bien la opinión relativa a que «el establecimiento de un tribunal supremo en una unidad política es un acto de repercusiones poco previsibles»⁶¹.

Más tarde, pero en la misma línea, el fracaso de los jefes de Estado o de gobierno de los Estados miembros, que no llegaron a una solución global con la rapidez y el alcance necesarios para sacar la eurozona del caos financiero en 2008, dio lugar a una actuación decisiva del BCE⁶², otro órgano independiente. Con el PSPP (entre otros programas) el BCE salió en auxilio del euro a través de una interpretación (como mínimo) flexible de su competencia en materia de estabilidad de precios, que indirectamente consigue bajar los costes de la financiación de algunos de los países de la eurozona. Mientras los procesos políticos para adoptar decisiones sobre la cesura entre los países del Norte y del Sur del euro estaban bloqueados, no puede extrañar que surja la sospecha de que el posible efecto secundario (bajar los costes de la financiación de algunos países de la zona euro) se había convertido, en realidad, en la finalidad fundamental de la medida nominalmente monetaria que el BCE adoptaba con el PSPP⁶³. No me parece exagerado opinar en este contexto que, si se quiere atribuir al BCE el papel fundamental para la superación de las crisis del euro, sería necesario reformar los tratados⁶⁴; y que son las posibles diferencias entre la concepción de la democracia por el BVerfG y por el TJUE las que conducen al núcleo del debate sobre el papel de las instituciones independientes en el Derecho de la Unión⁶⁵.

⁵⁸ Así, Ulrich Haltern, «Ultra-vires-ontrolle...», cit., p. 821. Con aplicación específica al BCE, Isabel Feichtner, «The German Constitutional Court's PSPP Judgment: Impediment and impetus for the democratization of Europe», *German Law Journal*, núm. 21 (2020), pp. 1090-1103, en concreto, p. 1093.

⁵⁹ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 5 de mayo de 2020 (caso PSPP), ap. 143.

⁶⁰ Los dos ejemplos, en Ulrich Haltern, «Ultra-vires-Kontrolle...», cit., p. 820.

⁶¹ Así, con referencia al TJ y al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Rainer Wahl, *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 152.

⁶² Así, Daniel Sarmiento, «Requiem...», cit., p. 20.

⁶³ Así, Ulrich Haltern, «Ultra-vires-Kontrolle...», cit., p. 823.

⁶⁴ Así, Martin Nettesheim, «Das PSPP-Urteil...», cit., p. 1632.

⁶⁵ Así, Markus Ludwigs, «The consequences...», cit., p. 9/9.

Uno de los objetivos primordiales pretendidos por el BVerfG al plantear la cuestión prejudicial era el de conseguir del TJUE una mayor intensidad de control y una menor deferencia en relación con el respeto por el BCE de los límites de su competencia monetaria. La utilización del principio de proporcionalidad era puramente instrumental para ese objetivo⁶⁶.

El BVerfG aplica sobre este extremo una exigencia de su manera de entender el principio democrático: la «desconexión democrática» de los órganos independientes impone un intenso control judicial del mantenimiento de la actuación de esos órganos dentro de las fronteras de su poder. El BVerfG formula la idea en estos términos: la independencia de los Bancos centrales supone una pérdida en el nivel de su legitimidad democrática que exige controlar estrictamente que sus decisiones se mantengan en el ámbito de sus competencias; el principio democrático impone un intenso control judicial relativo a que el BCE se mueva dentro de los límites de sus funciones⁶⁷. La argumentación es perfectamente comprensible. Lo que no está claro es que el criterio pueda y deba trasladarse, sin más, del Derecho constitucional alemán al ámbito de las reglas conforme a las cuales el TJUE controla la actividad de los órganos independientes de la UE⁶⁸.

Que el TJUE reconozca amplísimos márgenes de apreciación a órganos de la Unión y sea extraordinariamente deferente al controlar sus actuaciones se corresponde con la práctica habitual de aquel tribunal⁶⁹. Y no de los últimos años, sino de las últimas seis décadas; un período de tiempo en el que, si algunos Estados miembros hubieran tenido algún reparo serio sobre el estándar de control o la metodología argumentativa utilizados por el TJUE, podrían haber identificado esas cuestiones como objeto merecedor de reforma en los tratados⁷⁰. Se detecta aquí que otro problema de fondo es que todavía no se ha conseguido formular una dogmática manejable sobre la suficiencia de la densidad de control que impondría el art. 19 TUE (y también el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) al TJUE⁷¹. Por otra parte, es innegable que también el BVerfG se muestra deferente al ejercer su control cuando se someten a su enjuiciamiento cuestiones y decisiones complejas, por ejemplo, en materia de política fiscal y económica⁷².

Desde un punto de vista pragmático, no obstante, *a posteriori* es discutible si el TJUE podía haber mostrado una mayor disposición a atender a los argumentos formulados seriamente en la cuestión prejudicial planteada por el BVerfG y a adaptar en

⁶⁶ Así, Martin Nettesheim, «Das PSPP-Urteil...», cit., p. 1633.

⁶⁷ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 5 de mayo de 2020 (caso PSPP), ap. 143.

⁶⁸ Así, Heiho Sauer, «Substantive...», cit., p. 6. En sentido semejante, Martin Nettesheim, «Das PSPP-Urteil...», cit., p. 1633.

⁶⁹ Sobre esto, por ejemplo, José Eugenio Soriano, «Deutschland über alles: una canción entonada por el Tribunal Constitucional alemán que invade Europa», *La Ley. Unión Europea*, núm. 82 (01-06-2020), pp. 1-12, en concreto, p. 11, *passim*.

⁷⁰ Daniel Sarmiento, «Requiem...», cit., p. 16.

⁷¹ Así, en relación solo con el art. 19 TUE, Martin Nettesheim, «Das PSPP-Urteil...», cit., p. 1633.

⁷² Así, Christian Callies, «Konfrontation...», p. 903.

algo su canon de control a lo que este le pedía. El debilísimo estándar de control finalmente utilizado implicaría un riesgo que el TJUE podría haber calculado mejor⁷³.

Como mensaje de la sentencia del BVerfG en el caso del PSPP algo queda claro: el BVerfG (y, con él, necesariamente, el Estado alemán) no está dispuesto a aceptar que se sigan sustituyendo los procesos políticos y democráticos en la Unión Europea por el activismo de sus órganos independientes. Para el BVerfG esto es una cuestión innegociable relativa a la democracia en Alemania y en Europa.

VI. El parlamento federal no puede dejar de ser «dueño de sus decisiones» presupuestarias

La cuestión problemática derivada del principio democrático planteada en la sentencia del caso «recursos propios» es más evidente que la del caso PSPP: el Parlamento federal no puede dejar de ser «dueño de sus decisiones»⁷⁴ presupuestarias. La responsabilidad global del Parlamento federal sobre las decisiones políticas presupuestarias constituye una parte indisponible del principio democrático diseñado por la *Grundgesetz*. Pertenece al núcleo inmodificable de ese principio que el Parlamento es responsable frente al pueblo en su decisión sobre todos los ingresos y gastos esenciales del Estado. Por eso, se vulnera el principio democrático cuando la fijación de gastos, por su tipo y su cuantía, se supranacionaliza y, con ello, se sustrae del poder de disposición del Parlamento⁷⁵.

La participación de Alemania en acuerdos internacionales o en actuaciones de la UE que afecten de forma estructuralmente relevante al gasto debe ser concretamente autorizada por el Parlamento, que, además, debe poder ejercer suficiente influencia en el modo en que se emplean los recursos comprometidos. El BVerfG todavía no se ha pronunciado sobre la cuestión relativa a si existe una concreta limitación cuantitativa de la asunción de obligaciones de pago o de garantías de responsabilidad derivada del principio democrático; pero puede partirse de la idea de que el límite se sobrepasa cuando las mencionadas obligaciones y garantías supusieran que, por un período considerable de tiempo, la autonomía presupuestaria no solo se viera reducida, sino que prácticamente quedara vacía de contenido. Es obvio, no obstante, que en la valoración de estos límites el Parlamento goza de un amplio margen de apreciación con respecto al cual el BVerfG ha de ser deferente⁷⁶.

⁷³ En este sentido, Ulrich Haltern, «Ultra-vires-Kontrolle...», cit., p. 822); Christian Callies, «Konfrontation...», cit., p. 903; Christoph Möllers, «Sollte...», cit., pp. 3/4); y Miguel Poiars Maduro, «Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court», accesible *online* en *verfassungsblog.de*, de 6 de mayo de 2020, p. 6/7.

⁷⁴ La expresión literal «Herr seiner Entschlüsse», por ejemplo, en la Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 6 de diciembre de 2022 (caso «recursos propios»), ap. 230.

⁷⁵ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 6 de diciembre de 2022 (caso «recursos propios»), ap. 134.

⁷⁶ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 6 de diciembre de 2022 (caso «recursos propios»), ap. 135-137.

VII. Conclusión: el BVerfG como «custodio de la democracia» (no solo de la Constitución)

Es muy gráfica la advertencia que el BVerfG, en el asunto «recursos propios», dirige al Parlamento federal en relación con el cumplimiento de sus responsabilidades constitucionales: el Parlamento tiene la obligación de observar permanentemente el desarrollo de la utilización de los recursos vinculados al programa de financiación «Next Generation EU» y del riesgo de responsabilidades que pudieran repercutir en el presupuesto federal; si se pusiera de manifiesto en el futuro que la valoración de dicho riesgo había sido incorrecta, deberá adoptar medidas inmediatas para la defensa de ese presupuesto⁷⁷. Aquí hay algo más que un juicio *a posteriori* con los criterios derivados de la Constitución de una acción u omisión del Parlamento; parece haber, más bien, un recordatorio del cumplimiento de obligaciones para el futuro procedente de un órgano de control que desconfía de la responsabilidad del controlado.

Y es que sería posible descubrir detrás de esta forzada articulación del recurso de amparo para la defensa del derecho fundamental a la democracia frente al *ultra vires* de la UE y la preservación de la identidad constitucional alemana una desconfianza del BVerfG en relación con la política europea del Parlamento federal⁷⁸. Desde luego hay algo de ironía en esto: se discute de democracia y se sospecha de la actuación del órgano por excelencia de la representación democrática. Precisamente, la relativa fortaleza del Parlamento federal en lo relativo a los asuntos europeos no es el resultado de su propio activismo, ni de que ese órgano haya aprovechado su función de legislador para robustecer su posición en esa materia, sino (esto también es una ironía) de la feroz defensa del BVerfG del papel del Parlamento en la salvaguarda de la democracia representativa en el contexto de la integración europea⁷⁹. A través de este recurso de amparo, sin embargo, parece que el BVerfG suplanta al Parlamento en su responsabilidad por la integración y se convierte él mismo en el «custodio de la democracia» (no solo de la Constitución).

⁷⁷ Sentencia del BVerfG (Segundo Senado) de 6 de diciembre de 2022 (caso «recursos propios»), ap. 233.

⁷⁸ Así, Christian Callies, «Konfrontation...», cit., p. 899.

⁷⁹ Sobre esto, Diane Fromage, «Weiss: the Bundesverfassungsgericht's over-expansive interpretation of the Bundestag's "responsibility for integration" and the need to adapt judicial review procedures to the E(S)CB's specificities», *EULawLive*, núm. 18 (23-05-2020), pp. 2-15, en concreto, p. 4.

LA COMPLEJA RELACIÓN ENTRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: EL CASO FRANCÉS

ISABEL M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho Constitucional

I. Introducción: rasgos básicos del sistema jurisdiccional francés y evolución del control de convencionalidad en Francia antes de la introducción de la cuestión prioritaria de constitucionalidad

Las relaciones entre los órdenes normativos nacional e internacional han constituido, desde los albores del siglo xx, uno de los focos primordiales de los debates doctrinales en Europa y, más recientemente, en América. Desde hace ya algunas décadas se observa una progresiva difuminación de las fronteras entre los sistemas jurídicos internacional, nacional, regional y local, revelando interacciones mutuas que denotan un elevado grado de porosidad entre los diversos niveles de producción y aplicación del derecho. Este fenómeno, innegablemente, ha suscitado incertidumbres en torno a la sostenibilidad de aquellas doctrinas «clásicas» que abordaban la interrelación entre el derecho interno y el derecho internacional, específicamente, las concepciones monistas y dualistas en sus diversas manifestaciones. En el marco del estudio de la cuestión relativa al control nacional de disposiciones internacionales y el control internacional de normas nacionales, el caso de Francia resulta del mayor interés tanto por el derrotero que ha seguido el control de convencionalidad en dicho país, cuanto por la evolución que ha experimentado el control de constitucionalidad ante el juez constitucional francés, en medio de un contexto en el que han intervenido con voz decisiva las distintas cúspides de los sistemas jurisdiccionales afectados. No obstante, con carácter previo, antes de abordar la materia concreta que se nos plantea, quizás sea conveniente comenzar recordando algunas especificidades propias del sistema jurisdiccional francés, como requisito necesario para conocer el sistema de recursos previstos para el control nacional de las normas internacionales.

Ante todo, por lo que respecta a los sujetos protagonistas, esto es, en el presente caso las instituciones jurisdiccionales superiores encargadas del control de legalidad y de constitucionalidad, respectivamente, hay que destacar la existencia de tres vértices jurisdiccionales en el ámbito interno francés¹. En primer lugar, en el orden judicial

¹ Janine Otálora Malassis, *El control de legalidad y de constitucionalidad en Francia*, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 26.

francés, el Tribunal de Casación (*Cour de Cassation*), creado por la ley de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790, constituye el vértice jurisdiccional en materia civil, mercantil, social o penal, así como para los tribunales especializados (jurisdicciones sociales, tribunales de comercio y de arrendamientos rurales, o las juntas de conciliación y arbitraje). Debe destacarse, eso sí, que si bien interviene tras los tribunales de primera instancia y los tribunales de apelación, no constituye una auténtica tercera instancia judicial, ya que su función no es la de resolver sobre el fondo del litigio, sino que, en realidad, el Tribunal de Casación es lo que se ha dado en llamar el juez de las decisiones de los jueces; en otras palabras: «su labor es considerar si estos han aplicado correctamente la ley en relación a la información de los hechos, determinada por ellos mismos, del caso que les ha sido encomendado y a las preguntas que les han sido planteadas»².

Por su parte, el napoleónico Consejo de Estado de Francia (*Conseil d'État*) además de ser, como ocurre en España, el supremo órgano consultivo del Gobierno también funciona —y obviamente esto es lo que nos interesa ahora— como última instancia de la jurisdicción administrativa. En definitiva, el Consejo de Estado actúa como juez de casación para juzgar las apelaciones contra sentencias dictadas por los tribunales administrativos de apelación (novedad introducida por la ley del 31 de diciembre de 1987), así como contra las decisiones jurisdiccionales de los tribunales administrativos especializados y, desde el Decreto 2003-543, de 24 de junio de 2003, contra las sentencias dictadas, en ciertos asuntos, por los tribunales administrativos en primera y última instancia³.

Por último, el tercer pilar jurisdiccional nacional concernido es el Consejo Constitucional, que en las dos últimas décadas ha experimentado una evolución hacia su transformación en un verdadero tribunal constitucional al estilo kelseniano o, en todo caso, superando la antigua concepción de la Corte Constitucional francesa como perteneciente a un modelo de control abstracto *a priori* de constitucionalidad⁴. En efecto, con la reforma constitucional de 23 de julio de 2008, se introdujo un nuevo artículo 61.1 y se modificó el artículo 62, creando un procedimiento de examen por vía de excepción de la constitucionalidad de las leyes, la llamada cuestión prioritaria de constitucionalidad (*question prioritaire de constitutionnalité*, más conocida por sus siglas, QPC)⁵. A través de esta nueva figura procesal, desde el 1 de marzo de 2010, se faculta a los jueces de tribunales ordinarios a plantear cuestiones de constitucionalidad ante el Consejo Constitucional en casos concretos. Indudablemente, este procedimiento ha supuesto un auténtico tsunami respecto del control de validez de las normas en el

² https://www.courdecassation.fr/institution_1/in_6_2850/espa_ol_3722/del_tribunal_17513.html. Todas las webs mencionadas en el texto han sido consultadas por última vez a 13 de octubre de 2024.

³ Más del 70% de las decisiones del Consejo de Estado corresponden a su competencia de casación, y entre el 1% y el 6% de las decisiones del Consejo de Estado se encuentran dentro de su jurisdicción de apelación. Intervención de Jean-Marc Sauvé, vicepresidente del *Conseil d'État* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Estrasburgo, 9 de diciembre de 2014. *Vid.* <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-une-cour-supreme-administrative>.

⁴ Juan Pablo Sarmiento Erazo, «La jurisdicción constitucional en Francia, de la aparente excepción europea al final de la singularidad francesa», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, núm. 2, 2016, pp. 463-486.

⁵ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions/la-qpc>.

ordenamiento jurídico francés⁶. Con todo, para poder determinar en concreto qué supuso la introducción de la QPC en relación con el control de convencionalidad, es preciso ser conscientes de que antes de su introducción en Francia la determinación del alcance y los límites del control de convencionalidad distaban mucho de ser pacíficos. Comencemos pues repasando brevemente como estaban las cosas antes de la inclusión de la QPC, antes de proceder a identificar las dificultades generadas por la efectiva implantación de la cuestión prioritaria de constitucionalidad.

A este respecto, el punto de partida no puede ser otro que el artículo 55 de la Constitución francesa de 1958 que, llevando al extremo la doctrina monista en cuanto a la relación entre el ordenamiento interno y el Derecho internacional, viene a consagrar la superioridad jerárquica de los tratados internacionales sobre las leyes y reafirma la primacía de las normas internacionales sobre el orden jurídico interno⁷. Sin embargo, dado que el texto constitucional no aclaraba quién debía pronunciarse sobre la aplicación de este principio, los órganos jurisdiccionales se vieron obligados a dar respuesta a esta cuestión de manera casuística. Por este motivo, si bien puede afirmarse que la superioridad de los tratados internacionales respecto de las leyes en el ordenamiento jurídico interno se afirma inequívocamente en la Constitución, su implementación concreta ha resultado más compleja de lo que la literalidad del texto constitucional habría permitido pensar.

Puede decirse que el control de convencionalidad surgió a mediados de los años setenta del pasado siglo, cuando el *Conseil Constitutionnel* debía resolver un litigio (caso de la *ley de interrupción voluntaria del embarazo* (IVG, 15 de enero de 1975)), respecto de una ley presuntamente contraria al artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho a la vida). Concretamente, en su decisión núm. 74-54 DC del 15 de enero de 1975, el juez constitucional se declaró incompetente para controlar la convencionalidad de la ley, remitiendo a los tribunales ordinarios (judiciales y administrativos) el conocimiento y resolución de dichos litigios. Esta decisión se argumenta a partir de una distinción estricta del parámetro de control y la finalidad de cada instrumento, lo cual sirve para determinar la competencia del órgano controlador. El control de convencionalidad y el control de constitucionalidad se plantean pues por el *Conseil Constitutionnel* como mecanismos diferentes, con un parámetro de control distinto y una finalidad propia: mientras el primero buscaría asegurar la primacía convencional, el segundo se encargaría de garantizar la supremacía constitucional. De esta manera, haciendo una interpretación restrictiva de su competencia en el marco del control *a priori* de constitucionalidad, el Consejo Constitucional renunció a resolver dichos conflictos normativos.

No debe olvidarse que, si el fundamento de la primacía de los compromisos internacionales sobre la ley se basa en el antedicho artículo 55 de la Constitución, cualquier

⁶ Pierre Bon, «La cuestión prejudicial de constitucionalidad en Francia, ¿solución o problema?», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 23, 2009, pp. 313-325.

⁷ Art. 55 de la Constitución de 1958: «*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*».

violación de un compromiso internacional por parte de una ley es —aunque sea de manera indirecta— una violación de la Constitución. Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo Constitucional concluyó que la inconstitucionalidad de la ley derivada de la vulneración de un acuerdo internacional no recaía sobre su ámbito de control, sino que debía ser apreciada por la jurisdicción ordinaria⁸. En un primer momento, el Consejo fundamentó dicho razonamiento en la naturaleza «relativa y contingente» de la superioridad de los tratados sobre las leyes, dado, por un lado, su alcance limitado y, por otro lado, debido a la condición de reciprocidad exigida respecto de los Tratados por el artículo 55 de la Constitución, cuestión esta última que, por otra parte, no resultaría de aplicación ni respecto del Derecho comunitario ni de los convenios internacionales de protección de derechos del hombre⁹. De hecho, si bien la discusión en la doctrina francesa sigue abierta respecto de esta cuestión, ya que algunos autores reclaman aún la fusión entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad¹⁰, lo cierto es que el Consejo Constitucional ha continuado manteniendo la distinción (*vid.* Decisión núm. 439 del 25 de enero 2015, asunto *Privación de la nacionalidad*, considerando 7).

En todo caso, la doctrina del *Conseil Constitutionnel* ha ido estableciendo algunas precisiones adicionales respecto de las características generales del control de convencionalidad. Por un lado, en cuanto al parámetro de control, la jurisprudencia ha delimitado el ámbito de la primacía consagrada en el artículo 55 de la Constitución reservándola al derecho convencional y dejando fuera de esta a la costumbre internacional. En segundo lugar, a pesar de que el Consejo Constitucional no realiza un control de convencionalidad, sí ha tenido ocasión de aclarar que la condición de reciprocidad en el cumplimiento de los tratados carece de objeto para los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, tales como la Convención Europea de Derechos Humanos, el Tratado de Roma que crea el Estatuto de la Corte Penal Internacional o los tratados de la Unión Europea.

Debates doctrinales aparte, la primacía del derecho internacional quedaba pues a cargo de los jueces ordinarios (civiles y administrativos), que eran los competentes para

⁸ Xavier Magnon, «Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité», *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, núm. 5, 2016, p. 42.

⁹ «Pour la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour écarte la condition de réciprocité (18 janvier 1978, Irlande c/Royaume-Uni, no 91)». Marc Guillaume, «Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 32, núm. 3, 2011, p. 67.

¹⁰ Algunos autores advierten sobre el peligro que podría correr la integridad del ordenamiento jurídico interno con la incorporación del control de convencionalidad, en tanto que el control de convencionalidad que realizan en Francia el juez judicial y el juez administrativo derivaría del principio de supremacía constitucional. En efecto, el juez nacional se siente constitucionalmente habilitado para hacer prevalecer los tratados internacionales sobre la ley. Sin embargo, esta misma supremacía constitucional impediría al juez examinar la disconformidad entre una norma constitucional y una norma internacional. Constance Grewe, «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité: à la recherche d'une frontière introuvable», *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 100, 2014/4, pp. 961-970.

inaplicar normas de derecho interno contrarias al derecho internacional¹¹. No obstante, la asunción de esa competencia por parte de la jurisdicción ordinaria no fue pacífica en todos los casos: así, mientras para la Corte de Casación la cuestión se asumió desde el principio sin mayores problemas, como se verá, para el Consejo de Estado el proceso fue mucho más largo y traumático. En efecto, en el caso de la Corte de Casación en un fallo del 7 de julio de 1973 (es decir, antes de la decisión del Consejo Constitucional en el asunto *IVG*), la Corte de Apelaciones de París había inaplicado un impuesto previsto en el artículo 265 del código de aduanas por considerarlo contrario al artículo 95 del tratado de Roma (asunto *Société des Cafés Jacques Vabre*). Dicho fallo fue confirmado por la Sala mixta de la Corte de Casación en una decisión del 24 de mayo de 1975: esto es, posterior a la decisión *IVG*.

Más problemática fue la cuestión para el Consejo de Estado¹². En efecto, si bien es cierto que el Consejo de Estado reconoció sin problemas desde el primer momento la primacía de los tratados y acuerdos internacionales sobre actos y reglamentos (control de la convencionalidad), en cambio se mostró reacio a reconocer esta primacía sobre las leyes posteriores. Partiendo del reconocimiento de la coexistencia de dos sistemas jurídicos, uno nacional y el otro internacional, rechazaba la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho nacional posterior y afirmaba la supremacía de la ley y del Parlamento, con base en la legitimidad democrática de esta, en lo que se conoce como «jurisprudencia de las sémolas»¹³. Esta jurisprudencia se vio confirmada en diversas ocasiones¹⁴, hasta que bastantes años después, el Consejo de Estado se vio de nuevo enfrentado a pronunciarse sobre el control de convencionalidad de las leyes en el conocido como «*affaire Nicolo*» (1989), aceptando —ahora sí— efectuar el mencionado control de convencionalidad de la norma¹⁵. En efecto, con la sentencia *Nicolo* de 20 de octubre de 1989, el Consejo de Estado afirmó, por primera vez, la superioridad de las convenciones internacionales regularmente incorporadas en el derecho interno sobre todas las leyes posteriores.

¹¹ Sin embargo, el Consejo Constitucional sí se ha declarado competente para ejercer un control de convencionalidad cuando actúa como juez electoral, es decir, cuando interviene fuera de su competencia de juez de la constitucionalidad. El juez nacional actúa entonces como juez de convencionalidad de derecho ordinario cuando se trata de aplicar el derecho internacional a casos concretos.

¹² Jean-Marc Sauvé, «Le Conseil d'Etat et le droit européen et international», conferencia pronunciada en la Universidad de Tokio el 26 de octubre de 2016, <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-et-le-droit-europeen-et-international>.

¹³ La sentencia del Sindicato General de Fabricantes de Sémola de Francia de 1 de marzo de 1968 era una sentencia de sección. CE Sect., 1er mars 1968, *Syndicat des fabricants de semoule*, Rec. 149.

¹⁴ CE Ass., 22 octobre 1979, *Union démocratique du travail*, núm. 17541; CE Ass., 13 mai 1983, SA René Moline, núm. 37030.

¹⁵ Luis M.^a Díez-Picazo Giménez considera que este cambio en el parecer del Consejo de Estado, más que por propio convencimiento, se vio forzado por la insistencia del Consejo Constitucional, especialmente en las decisiones de 3 de septiembre de 1986 (recordando que todos los órganos estatales están obligados a aplicar los tratados internacionales) y de 2 de octubre de 1988, siendo que, en esta última, al tratarse de una cuestión electoral, el Consejo Constitucional ni siquiera actuaba como tal, sino más bien como órgano jurisdiccional contencioso-administrativo. «Variaciones sobre el control de convencionalidad», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51, 2023, pp. 97-98.

En definitiva, derivado de estas tres trayectorias jurisprudenciales aquí brevemente expuestas, quedó establecido que el Consejo Constitucional efectuaba el control de constitucionalidad, mientras que el resto de los órganos jurisdiccionales efectuaban el control de convencionalidad. Por ello, afirmaba Díez-Picazo Giménez que «el control de convencionalidad ha supuesto que en Francia coexista un control de constitucionalidad preventivo, con su corolario del efecto pantalla, y un control de convencionalidad sucesivo y difuso, lo que da lugar a un sistema bastante completo de fiscalización de las leyes»¹⁶. Es de destacar pues la situación un tanto paradójica que se producía en Francia antes de la introducción de la cuestión prioritaria: antes de 2008, la supremacía de la Constitución sobre la ley quedaba en entredicho por la ausencia de una vía jurisdiccional adecuada que permitiese el control de constitucionalidad de la ley, en contraste con lo que ocurría con respecto a la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes, la cual venía garantizada por el control de «convencionalidad» de las leyes por parte de la jurisdicción ordinaria y la administrativa. En definitiva, los tribunales eran competentes para inaplicar una ley contraria a un tratado internacional, pero no si «sólo» se consideraba inconstitucional, sin que tampoco hubiese una vía procesal prevista para solicitar la intervención del Consejo Constitucional. Por otro lado, no deja de resultar un tanto chocante que la previsión de un control de constitucionalidad concentrado o difuso dependiese en última instancia de si el vicio de constitucionalidad alegado lo es de manera directa o indirecta¹⁷. En todo caso, la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como de la Corte de Casación había fijado como límite del control de convencionalidad la supremacía constitucional. De este modo, el nivel jerárquico del derecho convencional en el orden interno no le permitía gozar de una primacía, y mucho menos, de una supremacía respecto de la Constitución nacional.

En conclusión, se puede decir que en Francia:

- el control de constitucionalidad era difuso para las normas infra legislativas (que suponen la mayoría de las normas en vigor) y concentrado para las leyes;
- el control de constitucionalidad de las leyes dependía de la competencia del tribunal constitucional, cuando el control de convencionalidad de las mismas normas depende del juez ordinario (lo que permite una especie de doble protección de los derechos fundamentales),
- en derecho interno, la norma suprema es la constitución; una disposición de un tratado internacional contraria a la constitución no se puede aplicar sin previa modificación de la constitución (siendo el último ejemplo en 2008 con la ratificación del tratado de Lisboa, que preveía una transferencia de soberanía en favor de la Unión Europea en varias materias)¹⁸.

¹⁶ Luis M.^a Díez-Picazo Giménez, «Las transformaciones de la Constitución Francesa de 1958», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 34-35, 2008.

¹⁷ Xavier Magnon, «Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité», cit., p. 42.

¹⁸ M. Fromont, «El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas», *Revista Pensamiento Constitucional*, vol. 8, núm. 8, 2002, pp. 369-382.

Todo lo anterior se traducía en la práctica en una progresiva devaluación de la Constitución, que a ojos de los ciudadanos era percibida como de menor categoría y eficacia que los Tratados internacionales de garantía de derechos, especialmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos en la defensa de los derechos fundamentales frente a la ley. Por más que, de hecho, los dos textos proclamaran *grosso modo* los mismos derechos, no era posible que el juez pudiese garantizar ni directa ni indirectamente la supremacía de la Constitución sobre la ley, mientras que sí era competente para garantizar la primacía del Convenio (o la Carta).

Es cierto, no obstante, que esta ortodoxia para excluir del ámbito constitucional los conflictos normativos que involucrasen normas de derecho internacional podía encontrar ciertos límites. De hecho, el Consejo Constitucional ha establecido un tratamiento especial para ciertas normas europeas de derecho derivado. En efecto, interpretando el artículo 88-1 de la Constitución francesa¹⁹, el juez «descubre» la existencia de una obligación constitucional de transposición de las directivas europeas y por lo tanto se declara competente para controlar el respeto de esos actos de derecho derivado por parte de las leyes de transposición en derecho interno, salvo si se comprueba que la directiva de referencia es contraria a un principio inherente a la identidad constitucional de Francia. Así, ya con la sentencia sobre el Tratado sobre la Constitución para Europa de 2004, el Consejo Constitucional había esbozado la posibilidad de convertirse en el juez comunitario del derecho interno y, por lo tanto, de ser el órgano de control del cumplimiento del Derecho de la Unión.

II. La introducción de la cuestión prioritaria de constitucionalidad

La incorporación de un mecanismo de control de constitucionalidad *a posteriori*, implicaba un cambio radical en el original modelo de justicia constitucional francés²⁰, sobre todo por lo que suponía de superación de la tradición legicentrista francesa, basada en el entendimiento rousseauiano de la ley como expresión de la voluntad general, no especialmente pacífico, por lo que solo después de varios intentos frustrados durante la presidencia de Mitterrand ya en los años 90 del pasado siglo, finalmente se consigue introducir tras el conocido como informe Balladur en 2007²¹. Todo ello pese a que la idea en sí del control de las leyes, como ya hemos subrayado, se venía

¹⁹ «La República participa en la Unión Europea compuesta por Estados que han optado libremente ejercer en común algunas de sus competencias en virtud del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, texto modificado por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007».

²⁰ «Que n'a-t-on pas dit sur la question prioritaire de constitutionnalité? On ne se risquera pas ici à recoler l'ensemble des ouvrages, articles, contributions qui lui ont été consacrés. Évolution, révolution, changement de paradigme, etc. Il est vrai que cette question a suscité des débats, dépassant les cercles juridiques, d'une rare intensité». Emmanuel Piwnica, «Le changement de culture opéré par l'arrivée de la question prioritaire de constitutionnalité», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2018/1, núm. 58, p. 19.

²¹ Un breve análisis de la evolución en Robert Badinter, «Aux origines de la question prioritaire de constitutionnalité», *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 100, núm. 4, 2014, pp. 777-782.

llevando a cabo en la práctica —con todas las reticencias también ya reveladas— precisamente a través del control de convencionalidad de las leyes.

Por otra parte, debe señalarse que la implementación definitiva de este nuevo procedimiento constitucional acabó ocasionando efectos no del todo esperados por el poder constituyente-constituido cuando se aprobó la reforma en su origen. Ello en primer lugar, porque la Ley Orgánica que llevó a cabo el desarrollo de la reforma supuso una radicalización de los planteamientos originales diseñados por el constituyente-constituido, hasta el punto de que en cierto modo implicó una transformación del diseño original. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, porque la actitud más bien hostil de la Corte de Casación hacia la reforma, dio lugar a una tensión entre jurisdicciones —al que más adelante nos referiremos— que tuvo como protagonistas a las máximas jurisdicciones nacionales francesas y europeas, que ha servido de ejemplo de referencia de ese *modus operandi* que se viene propugnando del diálogo de Cortes, como método de solución de eventuales conflictos que genera de un lado la multiplicación de jurisdicciones competentes sobre todo en lo referente a la garantía de derechos fundamentales, como de otro lado la paulatina concurrencia de órdenes jurídicos nacionales, regionales e internacionales.

Así, excuetamente expuesto, la cuestión prioritaria de constitucionalidad es transmitida por el juez *a quo* al Consejo de Estado o a la Corte de Casación y luego, en su caso, al Consejo Constitucional cuando se cumpla con las condiciones indicadas en la ley orgánica de 10 de diciembre de 2009, relativa a la aplicación del artículo 61-1 de la Constitución. A saber: 1) La cuestión de constitucionalidad debe referirse a una norma legal aplicable al juicio o ser el fundamento de la persecución penal. 2) La norma legal impugnada no debe haber sido previamente declarada constitucional salvo que haya habido cambio de las circunstancias.

Como puede verse, presenta dos singularidades frente a otras experiencias comparadas. Por un lado, que la cuestión sólo puede ser suscitada cuando entren en juego derechos fundamentales; por otro, sólo cabe su planteamiento por los tribunales supremos (bien la Corte de Casación, bien el Consejo de Estado). Este filtro previo, verdadera originalidad francesa, obedeció a dos tipos de razones. En primer lugar, a razones de orden técnico, fundamentalmente la de evitar la saturación del Consejo Constitucional, lo que hubiera ocurrido sin duda de no haberse previsto esta especie de pre-control, especialmente en un sistema como el francés, acostumbrado a la rápida respuesta del Consejo Constitucional. En segundo lugar, razones de orden «sociopolítico»: el Consejo de Estado y la Corte de Casación, dada su tradicional importancia en el esquema jurisdiccional francés, se habrían mostrado reticentes ante a toda reforma que legitimara a un juez inferior a acceder al Consejo Constitucional.

Sin embargo, las innovaciones más esenciales de la Ley Orgánica reguladora de la QPC —que suponen una radicalización respecto de lo previsto en la propia reforma constitucional—, hacen referencia a dos aspectos: el procedimiento en sí y la prioridad del mismo. Lo referente al procedimiento en concreto excede del objeto de este trabajo, por lo que no me detendré ahora en su análisis, aunque no está de más destacar tanto

la dificultad añadida que planteó su necesaria implementación en tiempo récord²², como la imposibilidad tanto del juez inferior como de la corte suprema respectiva (si la inconstitucionalidad hubiese sido planteada por primera vez ante ellas) para cuestionar de oficio la constitucionalidad de una disposición legislativa aplicable al caso, mientras que, en cambio, al justiciable sí se le permite libremente optar entre la cuestión de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

Por lo que respecta a su carácter prioritario, cabe afirmar que la cuestión de constitucionalidad es prioritaria por dos razones²³. Por una parte, porque planteada la cuestión ante el órgano de instancia, debe ser examinada inmediatamente, esto es, en forma urgente. Por otra parte, porque si se recurre a la jurisdicción en caso de simultánea alegación de vulneración de la constitucionalidad y de la convencionalidad, tiene preferencia la cuestión de constitucionalidad; es decir, que si se objeta la constitucionalidad de una ley (cuestión de constitucionalidad) y, al mismo tiempo, se objeta la conformidad de la ley a los tratados y acuerdos internacionales (excepción de inconvencionalidad), debe primero examinarse la cuestión de constitucionalidad²⁴. Básicamente, la justificación de dicha preferencia se ha solido situar en tres órdenes de motivos: Los de tipo cualitativos, basados en la necesidad de otorgar preferencia a un procedimiento que permite eliminar del orden jurídico las normas inválidas, por su incompatibilidad con la Constitución. Los de tipo finalistas, en cuanto que el legislador pretendía «obligar» al juez constitucional a ofrecer una respuesta, ya que, en caso contrario, el juez podría optar por el análisis de convencionalidad. Y, por último, una justificación de tipo normativo, en cuanto que la necesidad de reposicionar a la Constitución como norma suprema, tiende a salvaguardar la superioridad jerárquica del texto constitucional respecto del Derecho internacional convencional e incluso del Derecho de la Unión Europea²⁵.

Indudablemente, respecto del tema que nos ocupa, el del control de constitucionalidad y de convencionalidad, la introducción de la cuestión prioritaria de constitu-

²² «Le Conseil constitutionnel était confronté à un triple défi. Tout d'abord, la nécessité de mettre en oeuvre des modalités procédurales efficaces, c'est-à-dire simples et accessibles. Ensuite, assurer un résultat rapide: il fallait juger en 3 mois; et même si le délai n'est pas assorti de sanctions, le succès de la réforme — et par conséquent le respect de la Constitution — dépendait du respect de cet impératif. Enfin, il s'agissait d'une procédure juridictionnelle, c'est-à-dire, avec des parties ayant des droits dans le cadre de leur procès et déçidées à les défendre. Et on n'imaginait pas le Conseil constitutionnel ne pas garantir, dans le cadre de sa propre procédure, les droits des plaideurs. Le public allait se rendre rue de Montpensier; et pas seulement dans le cadre de la visite annuelle des palais nationaux». Emmanuel PŦWNICA, «Le changement de culture opéré par l'arrivée de la question prioritaire de constitutionnalité», cit., pp. 19-41.

²³ Para un estudio riguroso al respecto, *vid.* Pedro Cruz Villalón- Juan Luis Requejo Pagés, «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, enero/abril 2015, pp. 173-194.

²⁴ El Consejo Constitucional tiene la facultad de invalidar la disposición legal por inconstitucionalidad, así como de indicar los plazos y la manera en que dicha invalidación tendrá efecto.

²⁵ Se trataría de un paso en la dirección de control de constitucionalidad ya existente en otros Estados miembros, cuyo principal exponente sería el de Italia. *Vid.* Antonio Cidoncha Martín, «Del control nacional de disposiciones de la UE el caso de Italia», en *Del control constitucional de la ley en el Estado constitucional abierto: perspectiva comparada*, Antonio López Castillo- César Aguado Renedo (coords.), Universitas, 2022, pp. 277-318.

cionalidad supuso una cierta alteración de la lógica del sistema. En efecto, la propia distinción entre convencionalidad y constitucionalidad responde —como vimos— a una decisión jurisprudencial, que no deriva explícitamente de la Constitución, que conllevó que el control de la ley pasase a ser difuso²⁶. Sin embargo, la introducción de la QPC supuso un intento de recuperar el control concentrado de constitucionalidad, de un lado, y de reclamar la supremacía de la Constitución, por otro. No hay que olvidar que este verdadero control *a posteriori* de constitucionalidad de las normas que realiza el Consejo Constitucional actúa paralela pero prioritariamente respecto del control de convencionalidad que realizan los jueces ordinarios. Lógicamente, este cambio de modelo entrañaba un cierto riesgo de colisión con la primacía del Derecho de la Unión Europea, que acabó cristalizando en algunos sonados conflictos entre el *Conseil Constitutionnel* y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la década pasada, como tendremos ocasión de comentar a continuación.

III. El problema del encaje del Derecho de la UE

El primer acto de este debate inter-jurisdiccional tuvo lugar con una sentencia interlocutoria de la Corte de Casación del 16 de abril de 2010, a raíz del caso *Melki y Abdeli*, pocos meses después de la aprobación de la ley orgánica relativa a la QPC. Respecto de los hechos que dieron origen al mismo, se trataba de dos nacionales argelinos en situación irregular en territorio francés habían sido controlados por fuerzas policiales, con fundamento en el artículo 78-2 del Código procesal penal²⁷. Confirmado el carácter irregular de su situación, ambos ciudadanos argelinos fueron detenidos y se les ordenó abandonar el territorio francés. En este punto, el letrado de ambos imputados presentó una cuestión prioritaria de constitucionalidad cuestionando la constitucionalidad del citado precepto del Código procesal penal por colisionar con derechos y libertades previstos en la Constitución. Sin embargo, la argumentación de los demandantes (que hubieran podido simplemente ceñirse a la cuestión de convencionalidad) resulta un tanto alambicada ya que, sustancialmente, sostenía que dicho artículo resultaba contrario al principio comunitario de libre circulación de personas, contenido en el Tratado de Lisboa, que habría sido constitucionalizado por el artículo 88-1 de la Constitución, que hace referencia a dicho Tratado. Así, los demandantes planteaban la incompatibilidad de la norma procesal penal con el artículo 88-1 que, al constitucionalizar la totalidad del Derecho de la Unión Europea, a su vez, sería susceptible de ser objeto de una QPC por tratarse de los «derechos y libertades que la Constitución garantiza». En este sentido, como puede observarse, la argumentación planteada por el recurrente implicaba *de facto* la exigencia de que el Consejo Constitucional renunciase,

²⁶ Xavier Magnon, «Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité», cit., p. 19.

²⁷ Dicho artículo autoriza controles en el interior del espacio Schengen dentro de un radio de 20 kilómetros alrededor de la frontera francesa con otros Estados parte en la convención.

o al menos matizase, su consolidada jurisprudencia desde el asunto *IVG*, a partir de la cual había renunciado a controlar la convencionalidad de las leyes²⁸.

Al conocer de este caso, la Corte de Casación —jurisdicción que ya previamente se había mostrado hostil a la QPC—, adopta el caso *Melki y Abdeli* como *casus belli*, dando así inicio a la llamada guerra de Cortes mediante el planteamiento de una controvertida cuestión prejudicial «ante el Tribunal» de Justicia de la Unión Europea relativa a la compatibilidad de la Ley Orgánica 10 diciembre de 2010 con el Derecho de la Unión Europea. Su punto de partida estribaba en el planteamiento de forma conjunta de la incompatibilidad de un artículo del Código procesal penal (el 78-2) tanto con la Constitución como con el Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, señala la Corte, en razón del juego de la prioridad y del efecto asignado a las decisiones del Consejo Constitucional, si este último decidiese la compatibilidad de la disposición atacada con el Derecho de la Unión, los órganos judiciales no podrían ya volver a suscitar la intervención prejudicial del TJUE. Asimismo, en caso de que la disposición fuera validada por el Consejo constitucional, la propia Corte de Casación (y no sólo los jueces *a quo*) se vería imposibilitada no solo de proceder a plantear una cuestión prejudicial similar ante el TJUE, sino incluso de pronunciarse sobre la compatibilidad del texto legal con el Derecho de la Unión, a pesar del carácter imperativo del artículo 267 del TFUE.

En el ínterin, el Consejo Constitucional respondió a la Corte de Casación en el *obiter dictum* de una decisión del 12 de mayo de 2010 sobre un tema completamente ajeno a la controversia de la que traía origen —tanto que era referida a los juegos *on line*—. Y lo hacía planteando tres excepciones —o modulaciones de los efectos, si se quiere—, en relación con el carácter prioritario de la QPC que no se encontraban en el texto de la ley orgánica reguladora de dicha cuestión. Así, respecto de esas tres excepciones, en primer lugar, el Consejo admite la posibilidad de que el juez *a quo* adopte todas las medidas provisionales o de conservación necesarias para suspender inmediatamente todo eventual efecto de la ley que pudiera resultar incompatible con el Derecho de la Unión Europea, al tiempo que les reconoce la atribución de asegurar la preservación de los derechos que los justiciables obtienen de los compromisos internacionales y europeos de Francia. En segundo lugar, el Consejo afirma que la norma francesa que ha instaurado la cuestión de constitucionalidad no obsta al hecho que el juez pueda evitar la aplicación de disposiciones legislativas contrarias al Derecho de la Unión. En tercer y último lugar, el Consejo Constitucional abre la posibilidad de que los órganos judiciales, en su labor de aplicadores del Derecho, puedan convocar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con carácter prejudicial.

En medio de esta situación el Consejo de Estado también terció en el debate, apoyando la tesis del Consejo Constitucional y criticando la posición de la Corte de

²⁸ Agustín A. Cárdenes, «Control de constitucionalidad *a posteriori* en Francia: ¿inquietud en la cima o intercambio constructivo de argumentos?», cit.; Víctor Ferreres Comella, «El problema del “doble vicio” en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 28, 2011, pp. 57-61.

Casación. Concretamente, en su dictamen del 14 de mayo de 2010 (caso *Rujovic*)²⁹ defiende la competencia de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos de garantizar la primacía del Derecho de la UE, mediante el correspondiente planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea siempre que sea necesario.

En cuanto a la intervención del último de los actores en juego, el TJUE, el camino que adoptaba en su decisión del 22 de junio de 2010, es un ejemplo de monumento a la habilidad jurisprudencial, que consigue dar la razón a todos los implicados³⁰. Así, de un lado, el Tribunal de Justicia admite los argumentos de la Corte de Casación referidos a la procedencia de la cuestión prejudicial, que había sido negada por el gobierno francés. De otro, el Tribunal recuerda que es a la jurisdicción de reenvío a la que le corresponde determinar la interpretación correcta del derecho nacional, y fundamentalmente, en la medida de lo posible, una interpretación conforme a las exigencias del Derecho de la Unión. Y en este caso tanto el Consejo de Estado como el Consejo Constitucional habían ofrecido interpretaciones admisibles. El TJUE deriva pues de ese sistema de cooperación dos consecuencias importantes. Primero, dicho sistema implica que el juez nacional debe ser, en todo momento, libre de solicitar la intervención del Tribunal Europeo en el marco de una cuestión prejudicial cuando lo considere necesario (incluso ante una cuestión de constitucionalidad). Segundo, el juez debe ser libre, en todo momento, de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la protección de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la UE y determinar la inaplicabilidad de las disposiciones legislativas contrarias a aquellos. En consecuencia, el TJUE concluye que una legislación como la contenida en la ley orgánica 2009-1523 no será incompatible con el artículo 267 del TFUE siempre y cuando las jurisdicciones sean capaces de respetar dichas exigencias³¹.

Sin embargo, habiendo quedado abierta la solución definitiva de la cuestión, la Corte de Casación, en su decisión del 29 de junio de 2010, no aplicó la ley orgánica reguladora de la QPC por estimarla contraria al Derecho de la Unión Europea (dado que, según el TJUE, es a ella a la que le corresponde efectuar la interpretación correcta del Derecho nacional), por lo que ordena al juez *a quo* aplicar la jurisprudencia *Simmenthal*. Para defender esta posición, la Corte de Casación se basa en que la normativa

²⁹ En el caso en cuestión, un nacional serbio de origen bosnio, cuyo estatuto de refugiado fue rechazado por la Oficina Francesa de Protección de los Refugiados, por haber sido miembro de las fuerzas policiales bosnias, había interpuesto una QPC alegando que el artículo 1.F de la Convención de Ginebra del 28 de julio de 1951 relativa al estatuto de los refugiados —cuya normativa había sido ratificada en el Código nacional— resultaba incompatible con el principio constitucional de la presunción de inocencia y con el derecho de asilo.

³⁰ «[E]l TJUE desentraña el *imbroglio* suscitado por la cuestión planteada por el juez *a quo*, considerada por algunos como perturbadora y para otros como valiente, a través de una interpretación que trata de evitar el conflicto». J. M. Cortés Martín, «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: mayo-agosto 2010», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2010, núm. 37, pp. 951-957.

³¹ Encarnación Roca i Trias y Susana García Couso, «¿Es real el diálogo entre tribunales?: Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 39, 2017 (monográfico sobre El TJUE como actor de constitucionalidad), pp. 529-548.

procesal francesa vigente no le permitía garantizar las exigencias que reclamaba el TJUE en su decisión del 22 de junio de 2010, en concreto la de recurrir a las «medidas provisionales»³².

Por su parte, el Consejo de Estado en la decisión *Jacob* de 31 de mayo de 2016³³, aclaró la relación entre la QPC y la cuestión prejudicial en aquellos supuestos en los que la interpretación de una disposición nacional y su eventual constitucionalidad dependen de la respuesta a cuestiones de compleja interpretación del Derecho de la UE. En dichos supuestos, en los que el motivo de inconstitucionalidad planteado en una QPC depende de la incompatibilidad del derecho nacional con una directiva —supuesto que plantea una importante dificultad de interpretación del Derecho de la Unión Europea—, el *Conseil d'État* remite la cuestión al TJUE, en el marco del litigio de fondo, permitiendo que los demandantes conserven la posibilidad de presentar una nueva QPC tras la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁴.

IV. ¿Último episodio?: la condena a Francia en un recurso de incumplimiento en octubre de 2018³⁵

Otro hito en la relación entre los distintos vértices judiciales, nacionales e internacionales, tuvo lugar a raíz de la más reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 4 de octubre de 2018³⁶ (asunto C-416/17:ECLI:EU:C:2018:811), en el marco de un recurso por incumplimiento. Este recurso, instado por la Comisión Europea, por el incumplimiento de las obligaciones del artículo 267.3 TFUE —obligación de alguno de sus vértices judiciales de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE—, a diferencia de lo ocurrido en 2003 con el Tribunal Supremo de Suecia (*Högsta domstolen*)³⁷ no derivaba de una situación de incumplimiento sistemático de la obligación de remisión prejudicial, pese a que la propia Comisión hasta ese momento siempre había sostenido que sólo cabría la aplicación del artículo 258 TFUE cuando el incumplimiento del artículo 267 TFUE fuera constante y se derivase de una actitud deliberada³⁸. Precisamente, en derivar el incumplimiento de un solo supuesto, estriba la novedad de este caso.

³² Marc Guerrini, «L'utilisation du contrôle de conventionnalité par la Cour de cassation ou le paradoxe de l'acceptation», *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, chron. núm. 21.

³³ *Le juge administratif et le droit de l'Union européenne*, 10 de marzo de 2022, <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/dossiers-thematiques/le-juge-administratif-et-le-droit-de-l-union-europeenne>.

³⁴ Marie-José Garot, «La Constitución Francesa y el Derecho Comunitario: un repaso de la historia de las relaciones entre dos ordenamientos jurídicos», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 34-35, 2008, pp. 167-190.

³⁵ *Vid.* el comentario de Daniel Sarmiento en <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/page/2/>.

³⁶ Asunto C-416/17:ECLI:EU:C:2018:811.

³⁷ Dictamen motivado 2003/2161 de la Comisión, de 12 de octubre de 2004 [C (2004)3899], en otro recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión.

³⁸ «La Commission se serait réservé la possibilité d'une intervention au titre de l'article 169 du traité pour assurer la coopération des juridictions dans le cadre de l'article 177 du traité, mais il ne pourrait s'agir

Así, en el supuesto que nos ocupa, la historia se remonta a otra sentencia del TJUE, el caso *Accor*, en la que el Tribunal europeo consideró que Francia había incumplido los Tratados al establecer una diferencia en el tratamiento fiscal de los dividendos en función del Estado miembro de residencia de las empresas filiales. Posteriormente, en el supuesto del que trae causa la sentencia de la que nos ocupamos, aunque el Consejo de Estado había seguido básicamente la decisión del TJUE en *Accor*, también se pronunció sobre un aspecto que el Tribunal europeo no había abordado allí, sino en otra sentencia posterior (asunto *Test Claimants*): el relativo al tratamiento fiscal aplicable a las empresas filiales. El Consejo de Estado consideró que respecto de este tema el precedente dispuesto en *Test Claimants* no era aplicable al caso, por considerar que el régimen británico aplicable a los créditos fiscales no podía equipararse al francés. Asimismo, el Consejo de Estado se separaba en su interpretación de lo establecido en su día por el TJUE en *Accor* al establecer ciertas condiciones sobre las pruebas que las empresas debían proporcionar a las autoridades fiscales³⁹.

Con estos antecedentes, lo realmente innovador del pronunciamiento del TJUE es que aclara cuándo se aplica la jurisprudencia *Cilfit*, en lo que más bien supone una reelaboración de la doctrina del acto aclarado, que hasta entonces eximía al juez nacional de plantear la cuestión en aquellos supuestos en los que considerase que la equívoca norma europea aplicable al caso ya hubiera sido interpretada por el TJUE. Sin embargo, a partir de esta sentencia que nos ocupa, entiende el TJUE que —pese a haber ya una previa remisión prejudicial— el Consejo de Estado francés debería haber planteado una nueva cuestión prejudicial. Supone, pues, esta reciente doctrina un cambio en la consideración de que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la correcta aplicación del Derecho de la Unión es tan evidente que no deja lugar a ninguna duda razonable y, por tanto, supone un límite a su capacidad de decidir la no procedencia de plantear al Tribunal de Justicia una nueva cuestión de interpretación.

Además de ello, esta sentencia acaba reconociendo una vía de recurso, por el cual los particulares podrán dirigirse a la Comisión ante vulneraciones de doctrina del TJUE, sin que los tribunales nacionales de última instancia hayan planteado la correspondiente cuestión prejudicial.

que d'une mesure extrême lorsque l'attitude des tribunaux d'un État membre, méconnaissant dans leur jurisprudence constante les conditions du renvoi préjudiciel, ferait craindre que le mécanisme même de l'article 177 ne devienne lettre morte» [Sentencia de 22 de octubre de 1975, C-9/75, ECLI:EU:C:1975:131, apdo. 2 b)].

³⁹ Enrique Arnaldo Orts, «La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-416/17 Comisión contra Francia o la inédita declaración de incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte de un Estado miembro como consecuencia de la inobservancia de la obligación de plantear una cuestión prejudicial», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 50, 2018, p. 158.

V. Conclusiones

Ciertamente, la introducción de la cuestión prioritaria de constitucionalidad supuso un auténtico «triumfo», un cambio en la cultura jurídica⁴⁰, que fue acogido con gran entusiasmo por la comunidad jurídica francesa, de modo que en pocos meses desde su instauración se dictaron cientos de sentencias y el número de anulaciones emitidas por el Consejo Constitucional se contaba por decenas⁴¹. Incluso se predecía que, en virtud de las nuevas competencias del Consejo Constitucional y debido a diálogo judicial con el TEDH y el TJUE, era posible que el Consejo Constitucional asumiera tácitamente un control de convencionalidad y comenzase a desplazar lentamente el control de convencionalidad —hasta entonces realizado por los jueces ordinarios y administrativos— hacia la jurisdicción constitucional⁴².

Sin embargo, el modelo no ha cambiado en lo sustancial. Tras unos inicios algo agitados, con la intervención de los distintos vértices judiciales, todos ellos tuvieron ocasión de terciar en el debate y ofrecer su perspectiva. Ahora, tras un rodaje de más de una década de operatividad de la QPC, si algo cabe destacar del sistema jurisdiccional francés es el de haber normalizado la convivencia entre la convencionalidad y la constitucionalidad, de haber asumido tanto la dualidad de primacías como la eventual discrepancia de soluciones inherente a la propia existencia de cinco «cortes supremas»⁴³.

En este sentido, debe recordarse que el 12 de abril de 2018 Francia ratificó el Protocolo 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos que, como es sabido, establece la posibilidad de solicitar opiniones consultivas al TEDH sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos por el Convenio o sus protocolos⁴⁴. En Francia, esta posibilidad está abierta al Consejo Constitucional, al Consejo de Estado y al Tribunal de Casación. De hecho, el TEDH emitió su primera opinión consultiva no vinculante, el 10 de abril de 2019, en respuesta a la Corte de Casación Francesa, que el año anterior le formuló una consulta sobre el conocido «caso *Mennesson*», que en 2014 había generado una condena del propio TEDH al Estado francés por no reconocer la filiación paterna de dos niñas nacidas en California, pero que esta vez preguntaba sobre el reconocimiento pleno de los niños nacidos por gestación subrogada como hijos de la llamada «madre

⁴⁰ Emmanuel Piwnica, «Le changement de culture opérée par l'arrivée de la question prioritaire de constitutionnalité», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2018/1, núm. 58, pp. 19-41.

⁴¹ Emmanuel Piwnica, «L'appropriation de la question prioritaire de constitutionnalité par ses acteurs», *Pouvoirs*, vol. 137, núm. 2, 2011, p. 169.

⁴² Michel Fromont, «El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas», *Revista Pensamiento Constitucional*, vol. 8, núm. 8, 2002, pp. 369-382.

⁴³ Denys De Béchillon, «Cinq cours suprêmes? Apologie (mesurée) du désordre», *Pouvoirs*, 2011/2, núm. 137, pp. 33-45.

⁴⁴ Francia es así el décimo Estado parte en depositar su instrumento de ratificación, permitiendo que el Protocolo entrase en vigor el 1 de agosto. El presidente de la República Francesa, en su discurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del pasado 31 de octubre, se comprometió a ratificarlo rápidamente. La ley que autoriza la ratificación del Protocolo 16 se promulgó el 4 de abril (Ley núm. 2018-237 de 3 de abril de 2018 que autoriza la ratificación del protocolo núm. 16 de la Convención de Derecho Humanos).

de intención»⁴⁵. En definitiva, un paso más en este ejercicio de convivencia entre las distintas primacías normativas, posibilitada mediante el ya célebre «diálogo de jurisdicciones»⁴⁶.

⁴⁵ En dicha opinión el TEDH sostuvo que los Estados deben reconocer el vínculo legal entre dicha «madre de intención» y el menor nacido en un proceso de gestación subrogada en el extranjero. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380431-8364345>. Para un análisis en profundidad de este caso y, en general, del alcance de las potencialidades del Protocolo 16, nos remitimos a Antonio López Castillo, Jörg Polakiewicz, «De la cuestión prejudicial de convencionalidad en marcha», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 44, 2019, pp. 485-500.

⁴⁶ Antonio López Castillo, «La confluencia entre Tribunales Constitucionales, TEDH y TJUE», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2018. Ejemplar dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, Alicia González Alonso, Sabela Oubiña Barbolla (dirs.), pp. 133-172.

LUCES Y SOMBRAS DE LA TUTELA JUDICIAL EUROPEA

JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS

Letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

I. Introducción

Hay en la historia de las naciones algunos momentos que merecen bien el adjetivo de constituyentes, pues en ellos se decide el curso que han de seguir cuando en el cauce por el que transcurre su existencia se abren —por fuerza, al azar o de grado— emboscaduras inesperadas ante las que es preciso tomar partido, sea para defenderse, para acomodarse o para rendirse.

En la de España, vieja de varios siglos, no faltan momentos de ese carácter, algunos tan determinantes que han alterado profundamente, en no pocas ocasiones, los derroteros que podrían haberla llevado a constituirse en una nación muy diferente de la que ha llegado hasta nosotros. Algunos de esos momentos han sido estrictamente azarosos, como el segundo de los tres desembarcos que, de acuerdo con Sánchez Albornoz, han definido el ser de España¹. Pero muchos otros han respondido a un designio consciente de la voluntad, por más que quienes los quisieron no pudieran imaginar en su momento las consecuencias de sus decisiones². Decisiones que, sin excepción, se han formalizado siempre en actos normativos del más diverso cariz. Desde las resoluciones de las Cortes de Santiago y La Coruña que hicieron materialmente posible en 1520 la accesión de Carlos I al trono del Imperio, hasta las Constituciones que se han sucedido desde la de 1812, pasando por los Decretos de Nueva Planta que entre 1707 y 1716 reconfiguraron la estructura constitucional de la monarquía austríaca.

Los tres que acaban de citarse son seguramente los actos normativos más decisivos de la historia de España. Los de 1520 unieron la suerte de los reinos peninsulares y de las colonias americanas a los azares del Imperio, demorando la definición de una verdadera monarquía nacional hasta los Decretos del siglo XVIII, que apenas cien años después darían paso, con la Constitución de Cádiz, al atormentado proceso de construcción de un Estado constitucional que sólo muy avanzado el siglo XX se ha hecho social y democrático.

¹ Tan distinto si Colón no se hubiera tropezado casualmente con América. Menos deudores del azar, pero tan inasequibles a la voluntad de quienes arrostrarían sus consecuencias, fueron los otros dos. El de Tariq (711), porque fue en gran medida el resultado de la debilidad de una sociedad carcomida por la discordia. El de Carlos I (1517), porque entraba en la lógica de la estrategia matrimonial de la dinastía hispana que pudiera llegar a convertirse en Carlos V.

² Cabe dudar de que sus actores barruntaran a dónde acabaría llevando el Compromiso de Caspe (1412), o que los responsables de las Capitulaciones de Santa Fe (1492) fueran conscientes de que con su firma estaban contribuyendo al nacimiento de la modernidad.

A la sucesión que ha llevado del Imperio al Estado constitucional, pasando por la Monarquía hispana, se ha sumado en 1985 un momento constituyente que puede contarse, sin exageración, entre los más radicales y de mayor alcance de nuestra historia. También entre los más inadvertidos, pues sus consecuencias apenas han comenzado a hacerse realmente visibles a lo largo del presente siglo.

En términos normativos, este último momento constituyente se ha formalizado en el *Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas*³, cuyo presupuesto constitucional descansa en el artículo 93 de la Constitución de 1978, que a estos efectos ha venido a revelarse como una verdadera cláusula de revisión constitucional material, mucho más eficaz y expeditiva que las disposiciones impracticables de su Título X. El artículo 93 CE no permite, claro está, la reconsideración de la validez de los preceptos constitucionales positivos, reservada en exclusiva a los artículos 167 y 168 CE. Pero ha consentido la incorporación en el ordenamiento español de un sistema normativo indisolublemente unido a un régimen de aplicación que, sin perjuicio de la validez de las normas nacionales, supedita su vigencia —también la de la Constitución— a su conformidad con las disposiciones de aquel sistema.

Ello ha supuesto que, por primera vez desde la Constitución de Cádiz, cuando la voluntad formalizada en las normas reguladoras del poder público español fue ya sólo la de la Nación soberana y nunca más la de la dinastía o el Imperio, el ordenamiento del Estado esté ahora condicionado por una voluntad normativa que no es privativa de los órganos constituidos nacionales, sino compartida con sujetos normativos foráneos cuyas resoluciones prevalecen de manera irresistible e inapelable sobre las normas de Derecho interno. En pocas palabras, de manera progresiva y, en un principio, apenas perceptible, la naturaleza misma del Estado español ha dejado de ser la de un sujeto soberano nacional para diluirse poco a poco en la estructura de un soberano en ciernes, fruto de un proceso de integración cuyo espíritu, por más que contestado por la resistencia soberana de los Estados miembros, responde a la lógica inconfundible de un proto-Estado federal.

Por ello, en puridad, el *momento constituyente* desencadenado con la adhesión a las Comunidades no lo ha sido tanto del Estado español como del sujeto supranacional en el que se ha integrado. Desde el punto de vista interno, 1985 marca en realidad el principio de un *proceso de deconstrucción nacional* al servicio de un lento y trabajoso *proceso constituyente europeo* que sólo puede progresar en la medida en que los Estados miembros se *deconstituyan* como soberanos.

II. La esperanza europea de una España desesperanzada

La integración europea es, desde luego, normativa, pero no sólo. Se traduce, naturalmente, en la primacía de las normas europeas sobre las nacionales y en la europeización del contenido de estas últimas, cada vez menos discernibles de las normas de

³ De 12 de junio de 1985. Instrumento de ratificación de 20 de septiembre de 1985 (BOE núm. 1, de 1 de enero de 1986).

otros socios europeos, salvadas las distancias que todavía consienten el principio de subsidiariedad y la autonomía procesal de los Estados miembros. Pero va tomando cuerpo también una incipiente integración política o, para ser más precisos, una cierta europeización del debate político nacional. No me refiero a la incorporación de los actores políticos españoles en el proceso político propiamente europeo, sino a la integración de las instancias políticas europeas en el proceso político español. Sin duda favorecido por el creciente deterioro de la realidad política nacional y por la crisis institucional profunda que ha venido a ser su consecuencia, el recurso a las instancias políticas e institucionales europeas se antoja cada vez más como el último remedio frente a la inoperancia de un sistema institucional y político manifestamente incapaz de valerse por sí mismo.

Con creciente naturalidad, la apelación a los órganos de la Unión se está convirtiendo en una suerte de último recurso en el debate político interno⁴. Unas veces como amenaza, otras como defensa, como excusa o como coartada, pero casi siempre con notable frivolidad y no poca ignorancia irresponsable, sin reparar en que semejante asunción de su incompetencia por parte de la clase política nacional supone asumir para España la triste condición de un protectorado.

Ciertamente, cada vez es más perceptible la impresión de que la verdadera garantía de los derechos ciudadanos se ha ido desplazando paulatinamente hacia el Derecho de la Unión, cuyas normas llevan camino de erigirse en el único límite material efectivo frente a una mayoría legislativa de gobierno escasamente sensible a los imperativos de la lógica constitucional de una democracia parlamentaria y, en particular, a la divisoria infranqueable entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

En el orden institucional, el desvalimiento que fatalmente comporta para el ciudadano la degradación del sistema constitucional apenas encuentra cierto alivio en la tutela que alcanza a dispensarle el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya jurisdicción se demuestra más eficaz y disuasiva frente a la mayoría de gobierno que los tribunales nacionales⁵.

Todo ello ha supuesto que se trasladen al Derecho de la Unión unas expectativas garantistas que el sistema europeo, por su misma naturaleza, nunca podría estar en condiciones de satisfacer. Cabe esperar de él, razonablemente, el auxilio propio de un ordenamiento incompleto y parcial, pero no que haga las veces de un sistema integral de garantías cuyo núcleo principal debe ser, todavía, genuinamente interno.

Por lo demás, el Derecho europeo, en sí mismo considerado, adolece de no pocos claroscuros a la luz de los postulados de los principios fundamentales del Estado de Derecho, lo que, sin descalificarlo por completo como elemento de salvaguardia de un mínimo de calidad normativa e institucional del sistema español, obliga a poner en sus justos límites las expectativas acerca de lo que de él puede esperarse.

⁴ Los ejemplos más notorios son el caso de la penosa crisis de la renovación del Consejo General del Poder Judicial y el desgraciado episodio de la amnistía concedida a los golpistas del 17.

⁵ Valgan las sentencias de 27 de febrero de 2014, *Transportes Jordi Besora* (C-82/12, EU:C:2014:108), y de 27 de enero de 2022, *Comisión/España (Obligación de información en materia tributaria)* (C-788/19, EU:C:2022:55), como ejemplos de excesos legislativos notorios que no han podido encontrar remedio en el orden interno.

Está, ante todo, la grave crisis de los principios del Estado de Derecho en algunos de los Estados miembros de la Unión, que constituye, a mi juicio, el problema más grave al que se ha enfrentado nunca el proceso de integración del continente⁶. Pero está también el asunto al que ahora quiero referirme y que, teniendo que ver con el Estado de Derecho y con su crisis, no lo hace desde la perspectiva de los Estados miembros de la Unión Europea, sino desde la dimensión interna de la Unión misma.

III. El Estado de la Unión

La denuncia de la quiebra del Estado de Derecho en Hungría o en Polonia debería acompañarse de alguna reflexión crítica a propósito de la vigencia del Estado de Derecho en el ordenamiento europeo. ¿Responde la Unión efectivamente a sus principios?

La pregunta tiene fácil respuesta si se atiende únicamente a lo que dicen los Tratados. El Tratado de la Unión Europea (TUE) comienza declarando que esta última se fundamenta, entre otros valores, en el Estado de Derecho (artículo 2 TUE), cuyo respeto es una condición necesaria para el ingreso como Estado miembro (artículo 49 TUE), en tanto que su infracción puede dar lugar a la suspensión de determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados (artículo 7 TUE). La misma conclusión se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que de manera constante insiste en reiterar que «la Unión es una Unión de Derecho cuyas instituciones están sujetas al control de la conformidad de sus actos, en particular, con los Tratados, con los principios generales del Derecho y con los derechos fundamentales»⁷.

La respuesta admite, sin embargo, no pocos matices si nos atenemos a la realidad normativa que se extiende más allá de las declaraciones de los Tratados. Si respondemos, en definitiva, a la luz del modelo que resulta de la interacción de las normas constitutivas del Derecho primario de la Unión.

Como es natural, ningún ordenamiento define el concepto de «Estado de Derecho», como tampoco establece qué ha de entenderse por «Estado democrático», «Estado social», «monarquía parlamentaria» o «independencia judicial». Se trata, en todos estos casos, de categorías dogmáticas en las que se glosan conceptos destilados a partir de la interacción de una pluralidad de disposiciones normativas de Derecho positivo. Así, a partir del conjunto de los preceptos del Título II de la Constitución Española (CE) y de su interacción con los recogidos, básicamente, en los Títulos III y IV de la misma Constitución, se dibuja una Jefatura del Estado cuyo funcionamiento se corresponde con el modelo dogmático de la monarquía parlamentaria. En definitiva, el concepto de «monarquía parlamentaria» proclamado en el artículo 1.3 CE es el que se desprende del efecto acumulado de una pluralidad de preceptos constitucionales.

⁶ Sobre el particular me he extendido en «Estado de Derecho y Unión Europea: El laberinto sin salida de una crisis anunciada», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51 (2023), pp. 147-158.

⁷ Sentencia de 3 de octubre de 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Parlamento y Consejo* (C-583/11 P, EU:C:2013:625), apartado 91.

En el caso del Estado de Derecho, la definición constitucional española es mucho más precisa que en el supuesto de la monarquía parlamentaria, pues su contenido dogmático se ha aquilatado casi de manera exhaustiva en el artículo 9.3 CE. Al garantizar en ese precepto «el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», el constituyente español ha cifrado en términos de Derecho positivo el contenido que la dogmática constitucional ha atribuido tradicionalmente al concepto «Estado de Derecho».

En lo que hace al concepto en el Derecho de la Unión, no veo razones para proceder de otra manera, esto es, para no definirlo en función de los preceptos de los Tratados en los que puedan identificarse elementos normativos típicos de la definición dogmática tradicional del Estado de Derecho, lo que llevaría a la adopción de un concepto esencialmente formalista, ceñido a las ideas de normatividad, regularidad, responsabilidad y control del ejercicio del poder público.

Esos preceptos existen, desde luego, y, en su conjunto, arrojan un modelo normativo que se corresponde sustancialmente con la variante española del Estado de Derecho, que es tanto como decir con el modelo alemán o el italiano, por referirme únicamente a los dos sistemas que han inspirado más directamente nuestro régimen constitucional. Sin embargo, la singular naturaleza de la Unión, que, más allá de su apenas disimulada vocación soberanista, sigue siendo, ante todo, una asamblea de Estados soberanos reunidos alrededor de un mercado, comporta ciertas dificultades de principio con las exigencias del Estado de Derecho.

Se trata de dificultades estructurales que traen causa de la esencia de la Unión Europea y que le son, por tanto, consustanciales, lo que supone que su remoción sólo sería viable mediante la reforma de los Tratados o, mejor aún, a través de una verdadera refundación de la Unión que hiciera de ella la expresión soberana de una comunidad de ciudadanos. A ellas se suman otras que tienen que ver con la concreta arquitectura de la Unión y cuyo carácter contingente permitiría superarlas mediante la oportuna reforma del Derecho derivado. Con todo, por encima de estas dificultades estructurales y de las deficiencias asociadas al diseño de las instituciones y los procedimientos europeos, la gran amenaza para el Estado de Derecho de la Unión es la misma que pende, en definitiva, sobre la suerte de los Estados de Derecho nacionales y tiene que ver, sencillamente, con la crisis existencial del Estado moderno.

Sobre cada una de estas dificultades quiero extenderme a continuación.

1. LAS DEFICIENCIAS ESTRUCTURALES

De una Unión asentada en la idea del Estado de Derecho cabría esperar un respeto escrupuloso a dos de sus principios fundamentales: la seguridad jurídica y la responsabilidad de los poderes públicos. Sin embargo, es difícilmente discutible que, en términos de seguridad jurídica, es prácticamente imposible desenvolverse —en la Unión y frente a ella— ante sujetos normativos de los que no siempre es fácil discernir si actúan

en tanto que instituciones europeas o lo hacen como Estados miembros que se valen de esas instituciones sin confundirse con ellas. Con el resultado de que, en la consiguiente confusión de planos, de títulos y de funciones, se diluye, de manera inevitable, la responsabilidad que debe ser inherente al ejercicio del poder público.

La crónica de la gestión de la crisis financiera de 2008 por parte de la Unión ha supuesto la constatación de esta seria deficiencia estructural de la Unión. La técnica normativa utilizada por las instituciones ha sido calificada sin ambages como *compleja, inaccesible, incomprensible y secreta*⁸. Calificativos que, en realidad, pueden predicarse de la Unión misma en tanto que entramado institucional y normativo que se mueve, por definición, casi constitutivamente, en lo que hace a la delimitación de sus contornos frente a los Estados miembros, en una ambigüedad perfectamente calculada a los fines de la dilución de las responsabilidades de gobierno. Y es que no puede dejar de tenerse presente que la razón última de las Comunidades que precedieron a la Unión ha sido, en buena medida, la de facilitar a los Estados un espacio en el que les fuera posible el ejercicio del poder orillando las cortapisas de los límites constitucionales nacionales⁹.

La articulación jurídica de los rescates de las economías de varios Estados miembros ha alcanzado, en efecto, unos niveles de complejidad jurídica extraordinarios, cuando no de pura y simple confusión normativa e institucional entre el sistema europeo y el internacional o entre el sector público y el privado, todo ello en un contexto de cuya escasa transparencia han sido buen ejemplo las misivas de la presidencia del Banco Central Europeo instando a algunos Gobiernos a adoptar determinadas medidas de política económica¹⁰.

Se trata de un ejemplo extremo, si se quiere, pero que responde a una realidad que no es, en absoluto, excepcional. Piénsese, sin ir más lejos, en los procedimientos de anulación suscitados contra las decisiones del Consejo sobre la reubicación de la Agencia Europea de Medicamentos como consecuencia del *Brexit*¹¹.

Como es sabido, una de las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) es que tenga por objeto actos adoptados por las instituciones, cuerpos, oficinas y agencias de la Unión. Un extremo tan aparentemente sencillo se revela en ocasiones como un problema casi inextricable por causa del doble título de los Estados miembros en el contexto de la Unión Europea, dependiendo de si ejercen funciones intergubernamentales (en tanto que Estados miembros) o funciones supranacionales

⁸ Claire Kilpatrick, «On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35, 2015, pp. 325-353.

⁹ Cuestión sobre la que me he extendido en *El sueño constitucional*, KRK, Oviedo, 2016.

¹⁰ Realidad para cuyo conocimiento ha sido necesaria la intervención del Defensor del Pueblo europeo. Por ejemplo: <https://www.bolsamania.com/noticias/pulsos/el-bce-publica-las-cartas-con-el-gobierno-de-irlanda-previas-al-rescate--618855.html>.

¹¹ Sentencias de 14 de julio de 2022, *Italia y Comune di Miliano/Consejo (Sede de la Agencia Europea de Medicamentos)* (C-59/18 y C-182/18, EU:C:2022:567), e *Italia y Comune di Milano/Consejo y Parlamento (Sede de la Agencia Europea de Medicamentos)* (C-106/19 y C-232/19, EU:C:2022:568).

(en su condición de miembros del Consejo o de Consejo Europeo)¹². Cuestión de la que depende nada menos que el régimen de revisión judicial del acto controvertido. Revisión que, por lo demás, en el caso de la Unión se ve extraordinariamente dificultada debido a la muy restrictiva legitimación de la acción individual del artículo 263 TFUE.

2. LAS DEFICIENCIAS CONTINGENTES

Justamente en el ámbito del control de la legalidad, el diseño del poder judicial de la Unión ofrece algunos rasgos que no se compadecen fácilmente con las exigencias del Estado de Derecho, si bien es cierto que, no respondiendo a una patología de principio, podrían remediarse con reformas limitadas al terreno del Derecho derivado.

Es notorio que el poder judicial de la Unión no se reduce funcionalmente al Tribunal de Justicia, sino que comprende a todos los jueces y tribunales de los Estados miembros. Sin embargo, desde el punto de vista orgánico se agota en aquel Tribunal y, lo que es más importante, es ese Tribunal el único que dice de manera auténtica el Derecho de la Unión. Lo dice sin discusión posible, entendiendo por tal algo muy distinto de la posibilidad de resistir o desobedecer a la manera germana (*id est*, «à la Weiss», cuyo ejemplo no han tardado en seguir, de manera lamentable, otros Tribunales Constitucionales¹³), sino la ausencia de una pluralidad de voces alternativas que puedan decir también el Derecho de la Unión desde la Unión misma y con la misma legitimación que el Tribunal de Justicia.

Quiero decir —más bien, sólo apuntar— que acaso uno de los grandes problemas de la Unión, desde la perspectiva del Estado de Derecho, es que su órgano de garantía

¹² Buen ejemplo es la singular naturaleza del Eurogrupo, que, en palabras del Tribunal de Justicia, y pese a todas las apariencias, «no puede ni debe asimilarse a una formación del Consejo ni calificarse como órgano u organismo de la Unión»; sentencia de 20 de septiembre de 2016, *Mallis y otros/Comisión y BCE* (C-105/15 P a C-109/15 P, EU:C:2016:702), apartado 61. La fundamentación jurídica de esa conclusión no puede ser más formalista: «el tenor del Protocolo núm. 14 sobre el Eurogrupo, anexo al Tratado FUE, emplea el calificativo “informal” [para referirse a las reuniones del Eurogrupo], [y], además, el Eurogrupo no figura entre las diferentes formaciones del Consejo de la Unión Europea, enumeradas en el anexo I del Reglamento interno de éste, aprobado por la Decisión 2009/937/UE del Consejo, de 1 de diciembre de 2009 (DO 2009, L 325, p. 35), a cuya lista hace referencia el artículo 16 TUE, apartado 6» (*loc. cit.*). Y, sin embargo, quienes se reúnen de manera informal, según el Protocolo núm. 14, son nada menos que «[l]os ministros de los Estados miembros cuya moneda es el euro», los cuales, con la participación de la Comisión (corresponsable de la preparación de las reuniones) y, en su caso, del Banco Central Europeo, examinarán, «siempre que sea necesario, [...] cuestiones vinculadas a las responsabilidades específicas que comparten en lo relativo a la moneda única». Más allá de las formalidades, se hace difícil no advertir aquí la presencia *material* de un actor europeo.

¹³ Así, el de Rumanía y su extravagante comunicado de prensa de 21 de diciembre de 2021, a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la misma fecha, *Euro Box Promotion e.a.* (C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 y C-840/19, EU:C:2021:1034), en el que afirma que los efectos de dicha sentencia sólo pueden desplegarse en Rumanía tras la oportuna revisión de la Constitución rumana. Ciertamente, media todo un mundo conceptual y de principios entre la posición del Tribunal Constitucional alemán (o la del Tribunal Supremo de Dinamarca) y la de quienes invocan su doctrina para romper con el principio de primacía en la forma en que lo han hecho los Tribunales de Polonia y Rumanía, pero el de la simplificación interesada es uno de los riesgos más característicos del Derecho comparado.

carece de contrapeso equivalente alguno. Aun reservándosele la última palabra, como es obligado, no debería tenerla en exclusiva. La existencia de otros tribunales europeos permitiría que el Derecho de la Unión se dijera con otras voces tan europeas como la del Tribunal de Justicia. Ello no impediría, claro está, que al final se impusiera la de este último, pero sí condicionaría sensiblemente su manera de expresarse, imponiéndole, en particular, la necesidad de justificarse en términos que no sean los de la pura autoridad.

El Tribunal de Justicia puede hoy responder a los tribunales nacionales haciendo valer su autoridad como intérprete auténtico de Derecho de la Unión, reduciendo así la discrepancia a la mera desobediencia sin necesidad de más argumentos que los que pueden contenerse en un *dictum*. Por el contrario, la existencia de una serie de tribunales europeos ordenados en instancias enfrentaría al Tribunal de Justicia con tribunales que también razonan en términos europeos y cuya autoridad es también la de una institución de la Unión. No valdría frente a ellos el puro razonamiento apodíctico, sino que a las razones (europeas) de esos tribunales habría que oponer un discurso debidamente razonado. Sólo entre tribunales europeos sería realmente posible el tan traído y llevado «diálogo», que únicamente puede articularse en el curso de una sucesión de instancias, esto es, si quienes dialogan utilizan realmente la misma lengua; si dicen el mismo Derecho y lo hacen con igual título.

A día de hoy, esa función de interlocución frente al Tribunal de Justicia sólo la desempeña, de manera muy limitada, el Abogado General, cuyas conclusiones sirven a la ilustración del Tribunal de Justicia, pero también, y quizás sobre todo, si bien no le conminan a pronunciarse sobre las razones que en ellas se desarrollan, ponen en todo caso de manifiesto que tales razones (europeas) existen y merecen ser atendidas, so pena de que el Tribunal de Justicia se aboque a una posición ciertamente incómoda desde el punto de vista de su autoridad y legitimidad.

Por lo demás, la unicidad del Tribunal de Justicia apenas se mitiga con la existencia del Tribunal General, pues su incardinación orgánica en el propio Tribunal de Justicia desdibuja los contornos de su personalidad como un tribunal autónomo. En ese contexto, el Tribunal de Justicia puede erigirse en la voz única del Derecho de la Unión, desde una posición de omnipotencia y comodidad que no se cohonestan con el principio de limitación y la idea de equilibrio que son consustanciales a la idea de Estado de Derecho. Un sistema judicial europeo ordenado en instancias ocupadas por una pluralidad de tribunales de la Unión y culminadas con la suprema del Tribunal de Justicia redundaría, a mi juicio, en una limitación del poder actualmente omnímodo de este último y constituye, por tanto, una exigencia insoslayable para la verdadera configuración de la Unión como un Estado de Derecho.

En otro caso, que es el de la situación en la que hoy nos encontramos, la vocación exclusivista del Tribunal de Justicia —tan renuente, por lo demás, a admitir su sometimiento al Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁴— acaba llevando a situaciones tan sorprendentes —y tan irreconciliables con el Estado de Derecho— como la que resulta del régimen de garantía del derecho a un proceso sin dilaciones indebida.

¹⁴ Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454).

Nada más revelador a este respecto que la sentencia de 13 de diciembre de 2018, *Unión Europea/Kendrion*¹⁵. Con ella se resolvió un recurso de casación interpuesto por la Unión contra una sentencia del Tribunal General que había considerado excesiva la duración de un procedimiento previo sustanciado ante el propio Tribunal General.

La lectura del encabezamiento de la sentencia *Unión Europea/Kendrion* es la prueba fehaciente de un régimen procesal que a cualquiera se le antoja problemático, por decir lo menos, desde la perspectiva de los principios del Estado de Derecho. Ahí puede leerse, en efecto, que quien interpone el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal General es la Unión Europea, *representada por el Tribunal de Justicia*, a su vez representado por dos de sus funcionarios. La invocación por la sociedad Kendrion de su derecho a un procedimiento ante un órgano jurisdiccional independiente e imparcial, garantizado por el artículo 47 de la Carta, se solventa recordando que el Tribunal de Justicia se limita a «la estricta aplicación de las normas de la Unión en la materia»¹⁶ y que, en todo caso, si bien «la decisión de la Unión Europea, representada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de interponer [...] recurso de casación [...] depende exclusivamente del Presidente de dicha institución», debe tenerse en cuenta que, dado que el Presidente de la institución es asimismo Presidente del Tribunal de Justicia en cuanto órgano jurisdiccional que conoce de tal recurso de casación, no interviene en la tramitación judicial del asunto y es sustituido en sus funciones por el Vicepresidente¹⁷, lo que basta para descartar toda vulneración del derecho a un juez independiente imparcial.

En definitiva, el Derecho de la Unión admite con perfecta naturalidad que la Unión Europea impugne una resolución que le es desfavorable valiéndose del Presidente del mismo Tribunal que ha de resolver sobre su impugnación y dejándose representar por funcionarios de este último¹⁸, sin que se advierta en ello compromiso alguno del principio *Nemo iudex in sua causa*.

Que en este concreto recurso de casación, como en los otros dos que hasta ahora se han planteado en materia de indemnización por dilaciones indebidas¹⁹, el Tribunal de Justicia haya fallado en favor de su representado (*id est*, de sí mismo) ha debido de interpretarse por los particulares concernidos como una desafortunada coincidencia.

A lo anterior se une otra cuestión que también es consecuencia del exclusivismo de la autoridad del Tribunal de Justicia y en la que no puedo detenerme ahora, pues sólo de manera muy tangencial tiene que ver con la configuración de la Unión como un Estado de Derecho. Me refiero a la difícil cuestión de la competencia para inter-

¹⁵ Asunto C-150/17 P (EU:C:2018:1014).

¹⁶ Sentencia *Unión Europea/Kendrion*, apartado 35.

¹⁷ *Loc. cit.*, apartado 38.

¹⁸ Nótese, *en passant*, que el Tribunal de Justicia no permite que las personas jurídicas comparezcan en sus procedimientos representadas por abogados «a quien[es] se le[s] han encomendado competencias administrativas y financieras relevantes dentro de dicha persona jurídica» [sentencia de 4 de febrero de 2020, *Uniwersytet Wrocławski y Polonia/REA* (C-515/17 P y C-561/17 P, EU:C:2020:73), apartado 65].

¹⁹ Sentencia de 13 de diciembre de 2018, *Unión Europea/ASPLA y Armando Álvarez* (C-174/17 P y C-222/17 P, EU:C:2018:1015) y sentencia de 5 de septiembre de 2019, *Unión Europea/Guardian Europe y Guardian Europe/Unión Europea* (C-447/17 P y C-479/17 P, EU:C:2019:672).

pretar los Tratados allí donde está en juego la identidad constitucional de los Estados miembros. Como he escrito en otro lugar²⁰, la autoridad del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es el punto en el que se resuelve la articulación del ordenamiento europeo con los Derechos nacionales, pasa irremisiblemente por la implicación de los Tribunales Constitucionales en un Tribunal Europeo de Conflictos.

A mi juicio, sólo con una solución de ese género podría corregirse una asimetría que no es ya la que impera entre los distintos sistemas judiciales nacionales, sino la que hace posible que la «Constitución total» europea —que es suma de las Constituciones y de los Tratados— no cuente con una jurisdicción que le sea equivalente.

Ciertamente, volviendo sobre mis palabras²¹, la creación de un Tribunal Europeo de Conflictos sería seguramente tan contestada como lo fue en su momento el proyecto de la Constitución para Europa, del que vendría a ser, en realidad, «una nueva tentativa», esta vez en clave jurisdiccional —que es la que realmente importa para dotar de normatividad (autónoma) a la «Constitución total» de la Unión—. Ante un Tribunal de ese tenor sería ya muy difícil no advertir que la integración es un verdadero proceso constituyente. Pero sólo en ese Tribunal podría materializarse un auténtico diálogo de Tribunales, con la participación activa de todas las jurisdicciones implicadas en la interpretación del complejo normativo integrado en aquella «Constitución total». El diálogo ofrecido a los Tribunales Constitucionales no sería ya el simple derecho de audiencia que les viene reconociendo el Tribunal de Justicia en aras del mejor ejercicio de una jurisdicción que considera propia e intransferible. Integrado por magistrados de los Tribunales Constitucionales (o equivalentes) de los Estados miembros y del Tribunal de Justicia, el Tribunal de conflictos —o, para mayor claridad, el Tribunal Constitucional de la Unión Europea— resolvería las controversias acerca de la recta interpretación del régimen de aplicación del Derecho de la Unión compendiado en los artículos 4 y 5 TUE que puedan suscitarse por los Estados miembros. Y lo haría con una autoridad que no sólo operaría en términos de legitimación política del proceso de integración, sino también en clave de juridicidad constitucional interna, pues la interpretación decidida por aquel Tribunal, adoptada con el concurso de los magistrados de su propio Tribunal Constitucional, tendría para el ordenamiento de cada Estado miembro un valor equivalente al de una sentencia constitucional: el mismo órgano que decide sobre la interpretación de las normas constitucionales de apertura que han permitido la integración, participa también en la decisión sobre la interpretación de las normas europeas de acogida del Estado miembro en el seno de la Unión.

De alguna manera, en definitiva, la decisión del Tribunal de conflictos que impusiera la inaplicación de una norma constitucional de un Estado miembro sería imputable a su propio Tribunal Constitucional y, en consecuencia, reconducible a su Constitución, que de este modo sólo habrá devenido inaplicable en virtud del ejercicio

²⁰ «La ley desamparada. Consideraciones sobre el juez natural de la ley democrática en los Estados de la Unión Europea», en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, pp. 13-42.

²¹ *Loc. ult. cit.*, pp. 38-40.

constitucionalmente conforme —verificado por su propio órgano de garantía— de las competencias atribuidas a la Unión por obra de las normas constitucionales que han permitido la integración del Estado miembro en la estructura de la Unión.

Nada se habrá hecho, por tanto, al margen de lo que la Constitución ha previsto que podría suceder al poner en juego sus propias normas de apertura: la Constitución cederá eventualmente en sus pretensiones de aplicabilidad universal allí donde, por decisión constituyente, se ha dispuesto que puedan aplicarse de manera preferente normas foráneas. La Constitución no padece con ello en su condición de «norma soberana». Primero, porque su inaplicación trae causa de su propia voluntad, cuyo respeto por parte de la Unión se encuentra garantizada por el concurso del Tribunal Constitucional en la decisión del Tribunal de conflictos que interprete las normas europeas de recepción de las competencias atribuidas por el Estado. Segundo, y de manera particular, porque en ningún caso se pone con ello en cuestión la validez de las normas constitucionales ni su aplicabilidad fuera del contexto europeo. De un lado, porque la inaplicabilidad de la norma constitucional concernida sólo operará en relación con el Derecho de la Unión, de cuyo respeto en términos de compatibilidad, justamente, se trata; de otro, y sobre todo, porque la validez de la Constitución es originaria, incondicional y absoluta, y la compatibilidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión no exige, en absoluto, el sacrificio de ninguna de esas características. Que son, está de más decirlo, cualidades de orden puramente jurídico.

Queda, claro está, la cuestión de la posible integración de ese eventual tribunal de conflictos y de los mecanismos de articulación procesal de su jurisdicción, sobre la que sería improcedente extenderse aquí.

IV. La crisis de la autoridad. La impotencia del poder público

Hasta ahora me he referido a serias disfunciones del Estado de Derecho de la Unión, ninguna tan grave, sin embargo, que no pueda corregirse con la reforma del Derecho derivado, la revisión de los Tratados o, en el extremo, la refundación de la Unión Europea como un Estado soberano.

Hay otras, no obstante, que, además de no poder atajarse con ese tipo de remedios ni ser tampoco privativas de la Unión, ponen de manifiesto una deriva general de los poderes públicos que acaso deba interpretarse como la primera expresión de una crisis incipiente del Estado moderno.

Sólo me referiré a dos cuestiones que me parecen sintomáticas.

La primera tiene que ver con la circunstancia de que el Derecho de la Unión admita la posibilidad de que el principio de publicidad de las normas pueda darse por satisfecho con la publicación de la mera referencia de su contenido, sin necesidad de extenderse en los detalles. Se trata, ciertamente, de normas muy particulares: las normas técnicas armonizadas adoptadas por los organismos europeos de normalización, las cuales, pese a no emanar de las instituciones de la Unión, sino de particulares que pueden oponer su secreto al amparo de los derechos de propiedad intelectual, sirven para acreditar el cumplimiento de las condiciones necesarias para la circulación de

bienes en el mercado²². En todo caso, y aun con ese limitado alcance, lo cierto es que se consiente la existencia de normas cuyo contenido íntegro sólo es accesible al público previo pago de un canon a una entidad privada²³. Bien que de manera muy tangencial, un principio medular del Estado de Derecho como es el de la publicidad de las normas acaba consintiendo así una matización con la que se relativiza un postulado que hasta ahora valía como indeclinable y absoluto.

La segunda cuestión es de alcance más general y viene de la mano del artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital²⁴. En virtud del apartado 4 de dicho precepto, «los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea *serán responsables de los actos no autorizados de comunicación al público*, incluida la puesta a disposición de éste, *de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor, a menos que demuestren* que: a) han hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización, b) han hecho, de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los *mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas* respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria, y en cualquier caso, c) han actuado de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, *y han hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro* de conformidad con la letra b)»²⁵.

En pocas palabras, se impone a los proveedores unas obligaciones de supervisión de los contenidos que ponen en línea los usuarios de sus servicios. Supervisión de carácter preventivo que comporta el filtrado de los contenidos mediante herramientas informáticas.

La licitud de este precepto ha sido cuestionada por Polonia ante el Tribunal de Justicia, invocándose la posible infracción de las libertades de expresión y de información²⁶. Sin desdeñar esa perspectiva de la norma en cuestión²⁷, me parece más preocupante lo que tiene de reveladora de una cierta claudicación de sus responsabilidades por parte de los poderes públicos.

En efecto, para una sensibilidad tan perfilada por la cultura de los derechos fundamentales como es la del jurista de nuestro tiempo, lo más llamativo de esta disposición es que con ella se hace posible que sociedades privadas sometan a censura el

²² Con carácter general, Vicente Álvarez García, *Las normas técnicas armonizadas (Una peculiar fuente del Derecho europeo)*, Iustel, Madrid, 2020. En la jurisprudencia, del Tribunal de Justicia: sentencia de 27 de octubre de 2016, *James Elliott Construction* (C-613/14, EU:C:2016:821). Recientemente, Conclusiones del Abogado General Saugmandsgaard Øe presentadas el 15 de julio de 2021 en el asunto *Stichting Rookpreventie Jeugd y otros* (C-160/20, EU:C:2021:618). [Sentencia de 22 de febrero de 2022].

²³ El caso, por ejemplo, de la sentencia de 14 de julio de 2021, *Public.Resource.Org y Right to Know/Comisión* (T-185/19, EU:T:2021:445).

²⁴ DO 2019 L 130, p. 92.

²⁵ Cursiva y subrayado añadidos.

²⁶ Asunto *Polonia/Parlamento y Consejo* (C-401/19).

²⁷ Resuelta por la sentencia de 26 de abril de 2022, *Polonia/Parlamento y Consejo* (C-401/19, EU:C:2022:297), que no ha apreciado tacha de invalidez en la disposición cuestionada.

ejercicio de los derechos de comunicación y expresión por parte de particulares. Siendo interesante, desde luego, esa perspectiva, hay otra que no lo es menos, pues esa habilitación para la censura no es sino la consecuencia de la imposición de una obligación de resultado a los destinatarios de la norma —los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas—, quienes para eludir la responsabilidad de ilícitos cometidos por terceros han de desempeñar, y a sus expensas, unas funciones de vigilancia que son típicamente características de la autoridad pública.

Importa preguntarse por la causa de esa imposición, la razón que la explica. A mi juicio, caben dos explicaciones. La primera se inscribe en una tendencia cada vez más acusada por parte de los responsables políticos de las sociedades democráticas a desentenderse pura y simplemente de sus obligaciones de gobierno; sea por un designio ideológico como el que aboga por el desmantelamiento del Estado mediante la denominada «externalización» de sus funciones²⁸; sea, de manera más general y prosaica, por una estrategia inspirada por el miedo a responder ante un electorado cada vez más exigente y caprichoso, lo que explica tanta sobreactuación y desmesura, cuando no simple histeria, en la reacción de los gobernantes ante cualquier crisis o emergencia, como bien ha puesto de manifiesto la pandemia que tantas cosas nos ha revelado.

Pero hay otra razón que va más allá de la dejación calculada de sus responsabilidades por parte de los titulares de los poderes públicos y que no es otra, me temo, que la incapacidad inconfesada del poder público para asegurar el cumplimiento efectivo de sus propias normas.

El fenómeno de la externalización del poder público no es, desde luego, privativo de la Unión y ha tenido recientemente manifestaciones tan extravagantes como la nueva legislación antiaborto del Estado de Texas, que en último término —por razones que responden sobre todo a la voluntad de eludir el control judicial federal— confía a los particulares, con carácter exclusivo, esto es, con exclusión explícita del poder público, la persecución de un determinado delito. En realidad, se trata de un síntoma muy revelador del verdadero «estado del Estado» en nuestros días, pues bajo la apariencia de una exhibición de poder como la que supone imponer a ciertos particulares la obligación de procurar determinados resultados se esconde, en realidad, la creciente impotencia del Estado.

La sociedad occidental del siglo XXI ha alcanzado tal nivel de desarrollo que ha llegado a un punto de complejidad más allá de la capacidad de gestión de los Estados. Si el Derecho es un mecanismo de administración de la violencia legítima (Weber), es también, con ese fin, un sistema de simplificación de la realidad social (Luhmann). Sin embargo, su capacidad de reducción de la complejidad social parece haber alcanzado un límite ante las sociedades de la era postindustrial y digital. Si puede llegar a excusarse, como hemos visto, la publicación íntegra de determinadas normas es, sencillamente, porque se trata de disposiciones cuya dificultad técnica puede gestionarse con mejor

²⁸ A este respecto, recientemente, Arnaud Bontemps, Prune Helfter-Noah y Arsène Ruhlmann, «Quand l'État paie pour disparaître», *Le Monde Diplomatique*, noviembre 2021, p. 20. [Antoine Vauchez y Pierre France, *Sphère publique, intérêts privés: Enquête sur un grand brouillage*, Presses de Sciences Po, París, 2017].

eficacia por particulares atraídos para ese cometido por los beneficios de los derechos propiedad intelectual e industrial.

En esa misma línea, ningún Estado es capaz de garantizar con eficacia el respeto de los derechos de autor en el mundo digital, de ahí la necesidad de comprometer en esa tarea a los únicos actores que se encuentran en situación de ordenar y controlar ese universo, es decir, a los operadores de comunicaciones electrónicas. Los mismos, por cierto, a los que se ven obligados a recurrir los servicios de inteligencia y de seguridad nacionales para prevenir y perseguir la comisión de todo tipo de delitos, en particular los que comprometen la seguridad del Estado. Nada más ilustrativo a este respecto que la insistencia de los Estados miembros en el empeño de que el Tribunal de Justicia revise su jurisprudencia sobre la Directiva 2002/58/CE²⁹, aduciendo que su celo garantista frente a la obligación de que los operadores de telefonía recojan y conserven de manera indiferenciada todo tipo de datos de tráfico hace imposible la persecución eficaz de los delitos³⁰.

De manera hoy todavía residual, pero, a mi juicio, ineluctable, el Estado se está viendo obligado a desprenderse de los instrumentos de su autoridad, apoderando en su defecto a particulares que habrán de ser a la postre quienes definan las condiciones de la vida colectiva.

No se trata de un simple problema de dimensión del Estado nacional, cada vez más inoperante en el contexto de una sociedad internacional globalizada. Es, más bien, un problema de cualidad de todo poder público, que afecta a todos los Estados con independencia de su tamaño. También, por tanto, a las estructuras de poder continentales, como las grandes superpotencias o la misma Unión Europea.

Este proceso de incipiente pero progresiva desconcentración del poder en beneficio de particulares (a quienes se imponen, ciertamente, obligaciones de resultado, pero a quienes también se atribuyen, como contrapartida, facultades exorbitantes de intromisión en los derechos de los ciudadanos) atenta contra los fundamentos mismos del Estado moderno, que es, ante todo, monopolio de administración de la fuerza legítima. Su culminación supondría desandar el camino recorrido desde el siglo XVIII y regresar al punto en que la ordenación de la vida colectiva era patrimonio compartido de una pluralidad de poderes perfectamente autónomos e irreductibles.

¿Volveremos a un punto en que la libertad individual no sea el fruto que se cultiva en el espacio que resulta del equilibrio entre los poderes de un Estado que no admite contestación a su monopolio; un punto en que la libertad haya de ganarse y defenderse por cada cual frente a particulares inaccesibles, por razón de su fortaleza técnica y económica, al poder nivelador del Estado?

²⁹ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DO 2002, L 201, p. 37), en la versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (DO 2009, L 337, p. 11).

³⁰ Por todas, sentencia de 6 de octubre de 2020, *La Quadrature du Net* (C-511/18, C-512/18 y C-520/18, EU:C:2020:791).

Para evitarlo no hay más alternativa, en mi opinión, que la de combatir la complejidad creciente de la realidad social mediante el fortalecimiento del Estado, procurándole los medios que a día de hoy se están acumulando peligrosamente en las manos de particulares que llevan camino de erigirse en poderes incontestables.

Esto supone, claro está, un Estado más grande y más poderoso, con todo lo que ello comporta en términos constitucionales, pues será un Estado más difícil de limitar y controlar. Pero la alternativa es el apoderamiento de una oscura multitud de empresas y sociedades inaccesibles a todo control público y, en consecuencia, mucho más peligrosas para la libertad del ciudadano.

El problema sigue siendo, al cabo y como siempre, el de la limitación del poder al servicio de la libertad. El problema, en definitiva, para cuya solución se puso en marcha hace más de dos siglos el movimiento constitucionalista, hoy amenazado por poderes extra-estatales que pueden paralizarlo y reducirlo a la ineficacia. Para que ese movimiento no se detenga es preciso insuflarle nuevas fuerzas que vengan en auxilio de las del constitucionalismo clásico, es decir, de las que han dado lugar a los principios que nuestra Constitución ha condensado fundamentalmente en su artículo 9.3.

Con todo, ante un Estado tan poderoso y eficaz como el que será preciso poner en pie para hacer frente a la complejidad de los poderes que ahora deben domeñarse, no será suficiente la pasividad del ciudadano que se deja representar. Seguramente habrá de renunciarse, en alguna medida, a la comodidad de la libertad de los modernos y recuperar el espíritu del compromiso activo y militante característico de la libertad de los antiguos. Pues al poder magnífico del Estado necesario del siglo *xxi* no podrá oponerse con eficacia ese remedo de ciudadano que es hoy el consumidor de las democracias del siglo *xx*, sino un individuo orgulloso, ante todo, de sus deberes para con la comunidad política constituida con sus iguales.

Sólo una comunidad de individuos responsables y críticos, sensibles a sus obligaciones tanto como a sus derechos, podrá estar a la altura del poder formidable que se cierne ya sobre nosotros. Una comunidad, en suma, de hombres educados.

No sé si, atentos al mundo en el que vivimos, nos cabe abrigar alguna esperanza. Pero es nuestro deber hacer todo lo posible por alumbrarla.

CURRICULUM VITAE DE JAVIER JIMÉNEZ CAMPO

Actividad profesional (1975-2024)

TÍTULOS ACADÉMICOS

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid en 1975.

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid en 1978.

FUNCIONES PÚBLICAS DESEMPEÑADAS

Profesor contratado o interino de Derecho Político de la Universidad Complutense (1975-1983).

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense (1983).

Catedrático de Derecho Constitucional de las Universidades de Granada (1984) y Cantabria (1987).

Letrado del Tribunal Constitucional desde agosto de 1984 (en comisión de servicio o régimen de adscripción temporal).

Letrado de carrera del Tribunal Constitucional desde julio de 1988 a junio de 2024.

Secretario General y Letrado Mayor del Tribunal Constitucional desde el 16 de marzo de 1989 hasta el 20 de julio 2014 (salvo entre marzo de 1992 y septiembre de 1993).

Publicaciones jurídicas

LIBROS

Estudios sobre jurisdicción constitucional, en coautoría con Francisco Rubio Llorente, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

Derechos fundamentales: concepto y garantías, Trotta, Madrid, 1999.

ARTÍCULOS Y COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS:

«Conflicto político, técnica jurídica y aplicación inmediata en una constitución de compromiso: La Constitución Española» (en colaboración con J. Porres Azkona), *Revista de Derecho Público*, núm. 74, 1978.

«Crisis política y transición al pluralismo en España (1975-1978)», *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, A. Predieri (dir.) y E. García Enterría (dir.), Civitas, 1980.

«Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980.

«El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos», *Revista de Derecho Político*, núm. 10, 1981.

«La intervención estatal del pluralismo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981.

«Las Diputaciones Permanentes y el control sobre el decreto-ley», *Revista de Derecho Político*, núm. 15, 1982.

- «Crisi politica e transizione al pluralismo in Spagna: 1975-1978», *La Costituzione spagnola del 1978*, Milán, Giuffrè, 1982.
- «La igualdad jurídica como límite al legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983.
- «Estado Social y Democrático de Derecho», *Diccionario del sistema político español*, J. J. González Encinar (dir.). Madrid. AKAL, 1984.
- «Ley», *Diccionario del sistema político español*, J. J. González Encinar (dir.), Madrid. Akal, 1984.
- «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, 1987; y en *Comentarios a la Legislación penal*, VII, dirigidos por M. Cobo del Rosal, Edersa, 1986.
- «Sobre el control parlamentario en Comisión», *Política y Sociedad. Estudios en homenaje a F. Murillo Ferrol*, Madrid. Centro de Investigaciones Sociológicas, 1987.
- «Sobre el régimen jurídico-constitucional de los partidos políticos», *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia. Madrid, 1988.
- «¿Qué es “lo básico”? Legislación compartida en el Estado autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989.
- «Osservazioni sul potere regolamentare nell’ordinamento spagnolo», *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell’amministrazione*. P. Caretti (dir.) e Ugo de Siervo (dir.), Il Mulino, Bolonia, 1991.
- «Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad», *Los procesos constitucionales*, Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- «Los partidos políticos en la jurisprudencia constitucional», *Derecho de partidos*, J. J. González Encinar (dir.), Espasa- Calpe, Madrid, 1992.
- «El legislador de los derechos fundamentales», *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, 1993.
- «Diez tesis sobre la posición de los partidos políticos en el ordenamiento español», *Régimen jurídico de los partidos políticos y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1994.
- «Cuestiones irrelevantes», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 7, 1995.
- «Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español», *La Jurisdicción Constitucional en España: La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. 1979-1994 Coloquio Internacional*, Centro de Estudios Constitucionales y Tribunal Constitucional, Madrid, 1995.
- «Decreto legislativo», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995.
- «Decreto-Ley», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995.
- «Estatuto de Autonomía», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995.
- «Interpretación conforme a la Constitución», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995.
- «Interpretación de la Constitución», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995.
- «Jurisprudencia constitucional», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995.
- «Legislación básica», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995.
- «Ley de armonización», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995.
- «Ley orgánica», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995.
- «Libertad ideológica», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995.
- «Partidos políticos», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995.
- «Pluralismo político», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995.

- «Registro de partidos políticos», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995.
- «Sentencia del Tribunal Constitucional», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995.
- «Constitution et partis politiques» (en colaboración con F. Rubio Llorente), *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 9-1993, 1995.
- «Protección de los derechos fundamentales», *Comentarios a la Constitución española de 1978*, O. Alzaga Villaamil (dir.), vol. IV, Cortes Generales y Edersa, Madrid, 1996.
- «Qué hacer con la ley inconstitucional», *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- «Control de la constitucionalidad», *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Civitas, 1997.
- «Algunos rasgos de la cuestión de inconstitucionalidad en España», *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- «Analogía “secundum constitutionem”», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 13, 1992.
- «Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios», *Parlamento y Justicia Constitucional. IV jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, F. Pau i Vall (coord.), Aranzadi, Pamplona, 1997; también en *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje a R. Fernández Carvajal*, Univ. de Murcia, 1997.
- «Contra la constitución material», *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Tecnos, Madrid, 1997.
- «Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley», *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, E. Aja (dir.), Ariel, Barcelona, 1998.
- «Osservazioni sulla protezione della autonomia locale nei confronti del legislatore nel diritto spagnolo», *Principio di Autonomia e Forma dello Stato. La Partecipazione delle Collectività Territoriali alle Funzioni dello Stato Centrale nella Prospettiva Comparata*, G. Giappichelli, Turín, 1998.
- «Notas sobre la protección de la autonomía local frente al legislador en el Derecho español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, 1998.
- «Política de la constitucionalidad (Una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59, 2000; y en *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje a J. García Morillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- «Principio de una tradición», *Claves de razón práctica*, núm. 120, 2002; y en *La democracia constitucional. Estudios en honenaje a F. Rubio Llorente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- «Comentario al art. 10.1 CE», *Comentario a la Constitución española*, M. E. Casas Baamonde (dir.) y M. Rodríguez-Pinero y Bravo-Ferrer (dir), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- «Libre développement de la personnalité et droits fondamentaux», *Trente ans d'application de la constitution espagnole*, Dalloz, Paris, 2009.
- «Sentencia del Tribunal Constitucional», *Temas básicos de Derecho Constitucional*, M. Aragón Reyes (dir.), C. Aguado Renedo (dir.), vol. 2, *Organización general y territorial del Estado*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011.
- «Jurisprudencia constitucional», *Temas básicos de Derecho Constitucional*, M. Aragón Reyes (dir.), C. Aguado Renedo (dir.), vol. 2, *Organización general y territorial del Estado*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011.

- «Estatuto de autonomía», *Temas básicos de Derecho Constitucional*, M. Aragón Reyes (dir.), C. Aguado Renedo (dir.), vol. 2, *Organización general y territorial del Estado*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011.
- «Legislación básica», en colaboración con Juan Carlos Duque Villanueva, *Temas básicos de Derecho Constitucional*, M. Aragón Reyes (dir.), C. Aguado Renedo (dir.), vol. 2, *Organización general y territorial del Estado*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011.
- «Ley de armonización», *Temas básicos de Derecho Constitucional*, M. Aragón Reyes (dir.), C. Aguado Renedo (dir.), vol. 2, *Organización general y territorial del Estado*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011.
- «Acotaciones sumarias sobre el “derecho a la diferencia” de trato», en *Democracia constitucional y diversidad cultural. XXI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales y Tribunal Constitucional, Madrid, 2015; y en *La Constitución de los españoles: estudios en homenaje a Juan José Solozabal Echavarria*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019.

OBRAS PROLOGADAS

- El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, de Francisco Caamaño Domínguez, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, de Juan M.^a Bilbao Ubillos, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

RECENSIONES

- «Una lectura de los “Comentarios a la Constitución” dirigidos por el profesor Garrido Falla», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981.
- Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes, de Ignacio de Otto, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23, 1988.
- La derogación de las leyes, de Luis M.^a Díez-Picazo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991.
- «Nobilissimus modus». Obras completas de Manuel García-Pelayo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, 1992.

TRADUCCIONES

- De Vergotini, Giuseppe, *La supremacía del poder civil sobre el poder militar en las primeras Constituciones liberales europeas*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 6, 1982.
- Pizzorusso, Alessandro, *Las regiones italianas como sujetos de la vida constitucional del Estado*, en *Documentación Administrativa*, 1982.
- Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, 1984.

Publicaciones de Historia y Teoría Políticas

LIBROS

- El fascismo en la crisis de la Segunda República española*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1979.

COLABORACIONES EN REVISTAS Y LIBROS COLECTIVOS

- «Aproximación a un modelo de partido fascista: el caso del Partido Nacionalista Español», *Sistema. Revista de ciencias sociales*, núm. 22, 1978.
- «La política y lo político en la crisis de los marxistas», *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 29-30, 1979.
- «Burguesía y revolución: el problema teórico (político) del siglo XIX español» (en colaboración con J. Porres Azkona), *Sistema. Revista de ciencias sociales*, núm. 32, 1979.
- «Integración simbólica en el primer franquismo (1939-1945)», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 14, Marzo-Abril 1980.
- «Rasgos básicos de la ideología dominante entre 1939 y 1945», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 15 (Mayo-Junio 1980).
- «Sobre la ideología», *Sistema. Revista de ciencias sociales*, 1982, 46.
- «La articulación política de las burguesías españolas», *España, 1898-1936: Estructuras y Cambio*. Manuel Tuñón de Lara, Universidad Complutense de Madrid, 1984.
- «Franquismo y Fascismo. Los riesgos para la democracia», M. Pérez Ledesma (coord.), Pablo Iglesias, 1997.
- «Et in Arcadia ego», *Revista de Occidente*, núm. 223, 1999.

Otros datos

- Secretario de la *Revista Española de Derecho Constitucional* desde su aparición (1981) hasta el número 50 (1997).
- Miembro del Consejo de Redacción de la *Revista Española de Derecho Constitucional* de 1997 a 2021.
- Miembro del Consejo Asesor de la *Revista Española de Derecho Constitucional* desde 2021.
- Miembro del Consejo Asesor de la *Revista de Estudios Políticos* desde su núm. 57 (1987).
- Miembro del Consejo Asesor de la revista *Teoría y Realidad Constitucional* desde su aparición.
- Miembro del Consejo Asesor del *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* desde su aparición.
- Miembro del Consejo Asesor de la *Revista de Derecho Constitucional Europeo* desde su aparición.
- Miembro del Consejo Asesor de *Tribunales de Justicia (Revista Española de Derecho Procesal)* desde su aparición hasta su desaparición (2003)

Tesis doctorales dirigidas

- «La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», Juan María Bilbao Ubillos, Valladolid, 1994.

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO. LIBRO EN HOMENAJE A JAVIER JIMÉNEZ CAMPO. Este volumen reúne un conjunto de trabajos que tienen como objeto rendir homenaje a Javier Jiménez Campo con ocasión de su jubilación tras cincuenta años de servicio público en la academia y en el Tribunal Constitucional. Autor de brillantes contribuciones al estudio del Derecho Constitucional, el profesor Jiménez Campo ha centrado su interés en las grandes cuestiones del Derecho del Estado, la jurisdicción constitucional y los derechos fundamentales. Alrededor de esas materias se han organizado los estudios de este homenaje, poniendo de manifiesto lo mucho que nuestro Derecho Constitucional debe al magisterio de Javier Jiménez Campo.

Francisco Balaguer Callejón
*Catedrático de Derecho
Constitucional*

Manuel Aragón Reyes
*Catedrático emérito de Derecho
Constitucional*

Juan José Solozabal Echavarria
*Catedrático emérito de Derecho
Constitucional*

Ramón Punset Blanco
*Catedrático emérito de Derecho
Constitucional*

Luis María Díez-Picazo
*Catedrático de Derecho
Constitucional*

Miguel Beltrán de Felipe
*Catedrático de Derecho
Administrativo*

Juan Ignacio Moreno Fernández
Ltrado del Tribunal Constitucional

Ignacio Borrajo Iniesta
Ltrado del Tribunal Constitucional

Ignacio Díez-Picazo
Catedrático de Derecho Procesal

Enric Fossas Espadaler
*Catedrático de Derecho
Constitucional*

Francisco Caamaño Domínguez
*Catedrático de Derecho
Constitucional*

Juan Carlos Duque Villanueva
Ltrado del Tribunal Constitucional

Marian Ahumada Ruiz
*Profesora Titular de Derecho
Constitucional*

César Aguado Renedo
*Catedrático de Derecho
Constitucional*

Alicia González Alonso
*Ltrada del Tribunal
Constitucional*

Herminio Losada González
Ltrado del Tribunal Constitucional

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini
Ltrado del Tribunal Constitucional

Luis Pomed Sánchez
Ltrado del Tribunal Constitucional

Carlos Ortega Carballo
Ltrado del Tribunal Constitucional

Gema Díez-Picazo
Ltrada del Tribunal Constitucional

Jesús García Torres
Abogado del Estado emérito

Ricardo Chueca Rodríguez
*Catedrático emérito de Derecho
Constitucional*

Gregorio Cámara Villar
*Catedrático emérito de Derecho
Constitucional*

Juan María Bilbao Ubillos
*Catedrático de Derecho
Constitucional*

Margarita Beladiez Rojo
Ltrada del Tribunal Constitucional

Juan Fernando Durán Alba
*Profesor Titular de Derecho
Constitucional*

Juan Antonio Lascaraín Sánchez
Catedrático de Derecho Penal

Miguel Casino Rubio
*Catedrático de Derecho
Administrativo*

Fernando Rey Martínez
*Catedrático de Derecho
Constitucional*

José Luis García Guerrero
*Catedrático de Derecho
Constitucional*

Isabel Huertas Martín
*Profesora Titular de Derecho
Procesal*

Daniel de Ocaña Lacal
*Archivero del Tribunal
Constitucional*

Marta Souto Galán
Ltrada del Tribunal Constitucional

Antonio Arroyo Gil
Ltrado del Tribunal Constitucional

Miguel Rodríguez-Piñero
Bravo-Ferrer
*Catedrático emérito de Derecho
del Trabajo*

Cristina Izquierdo Sans
Ltrada del Tribunal Constitucional

Antonio López Castillo
*Catedrático de Derecho
Constitucional*

José María Rodríguez de Santiago
*Catedrático de Derecho
Administrativo*

Isabel Giménez Sánchez
*Profesora Titular de Derecho
Constitucional*

Juan Luis Requejo Pagés
*Ltrado del Tribunal de Justicia
de la Unión Europea*