




universidad
de león



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN



Facultad de Derecho

MONOGRÁFICO

EN DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN DE TODOS

2021

8

número



universidad
de león



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho
Universidad de León

MONOGRÁFICO

EN DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN DE TODOS



8

2021

ISSN: 1137-2702

Revista Jurídica de la Universidad de León
Facultad de Derecho
Universidad de León
Campus de Vegazana, s/n
24071 León (España)

revistajuridicaule@unileon.es
Soporte técnico: journals@unileon.es
© Universidad de León, Área de Publicaciones
© Los autores

I.S.S.N: 1137-2702 (Ed. impresa)
I.S.S.N: 2529-8941 (Internet)
Depósito Legal: LE-196-1997
Editada por el Área de Publicaciones de la Universidad de León

EQUIPO EDITORIAL

PRESIDENTE

SALVADOR TARODO SORIA

Derecho Eclesiástico del Estado

Universidad de León

DIRECTOR

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

SECRETARIA

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

CONSEJO DE REDACCIÓN

Miguel Ángel Alegre Martínez

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad de León

Henar Álvarez Cuesta

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Secretaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de León

Universidad de León

Aurelia Álvarez Rodríguez

Catedrática Acreditada de Derecho Internacional Privado

Universidad de León

Fernando de Arvizu y Galarraga

Catedrático de Historia del Derecho

Universidad de León

Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal. Director del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa

Universidad de León

María Angustias Díez Gómez

Catedrática de Derecho Mercantil

Universidad de León

Isabel Durán Seco

Profesora Titular de Derecho Penal. Coordinadora del Máster de Ciberseguridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de León

Universidad de León

Juan Francisco Escudero Espinosa

Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Vicedecano de Ordenación Académica y Estudiantes de la Facultad de Derecho

Universidad de León

Juan José Fernández Domínguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Coordinador del Master en Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de León

Universidad de León

Javier Fernández-Costales Muñiz

Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vicedecano de Calidad y Relaciones Institucionales. Director de la Revista Jurídica de la Universidad de León

Universidad de León

Antonio García Amado

Catedrático de Filosofía del Derecho

Universidad de León

Piedad González Granda

Catedrática de Derecho Procesal

Universidad de León

Pilar Gutiérrez Santiago

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de León

Mercedes Martínez Reguera

Responsable de la Biblioteca de la Facultad Derecho

Universidad de León

María Teresa Mata Sierra

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de León

Marta Ordás Alonso

Catedrática de Derecho Civil. Directora del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa

Universidad de León

Paulino César Pardo Prieto

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado. Defensor de la Comunidad Universitaria

Universidad de León

Tomás Alberto Quintana López

Catedrático de Derecho Administrativo. Procurador del Común de Castilla y León

Universidad de León

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

Salvador Tarodo Soria

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de León

Universidad de León

COMITÉ CIENTÍFICO

José João Abrantes

Catedrático de Derecho del Trabajo. Magistrado del Tribunal Constitucional de Portugal

Universidad Nova de Lisboa (Portugal)

Stefano Bellomo

Ordinario di Diritto del Lavoro
Università di Roma Sapienza

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano

Catedrático de Derecho Civil. Socio Fundador del Estudio Jurídico Bercovitz-Carvajal
Universidad Autónoma de Madrid (España)

Carlos Bernal Pulido

Catedrático de Filosofía del Derecho
Macquarie Law School Sydney (Australia)

José Manuel Busto Lago

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de A Coruña (España)

Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III. Madrid (España)

Rafael Calvo Ortega

Catedrático Emérito de Derecho Financiero
Académico de Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Expresidenta del Tribunal Constitucional
Universidad Complutense de Madrid (España)

Adoración Castro Jover

Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad del País Vasco (España)

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de Murcia (España)

Luis E. Chiesa

Catedrático de Derecho Penal. Director del Buffalo Criminal Law Center
State University of New York (SUNY), (Buffalo-EE.UU.)

Ricardo Colín García

Director del CU
Universidad Autónoma del Estado de México (Texcoco, México)

Santos Coronas González

Catedrático de Historia del Derecho
Universidad de Oviedo (España)

Mariano Cubillas Recio

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valladolid (España)

Maty Diakhaté

Maître de Conférences-HDR en Droit Privé. Coordinatrice du Réseau de Recherche en Sciences Sociales SMIG
Université Paris VIII Vincennes Saint-Dennis (Francia)

Francisco Fernández Segado
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid (España)

Federico F. Garau Sobrino
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Islas Baleares (España)

Benjamín González Alonso
Catedrático Emérito de Historia del Derecho
Universidad de Salamanca (España)

Luis Greco
Catedrático de Derecho Penal
Universität Augsburg (Alemania)

Luis Jimena Quesada
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia (España)

Gyorgy Kiss
Profesor in Labour Law and Social Security Law. Dean of the Faculty of Law
National University of Public Service Hungary (Budapest, Hungría)

Diego Manuel Luzón Peña
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá (Madrid, España)

Dionisio Llamazares Fernández
Catedrático Emérito de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Complutense de Madrid (España)

Pilar Maestre Casas
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca (España)

Manuel Jesús Marín López
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha (España)

Philippe Martin
Directeur de Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (COMPTRASEC)
Université Bordeaux (Francia)

Inés Olaizola Nogales
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra (España)

Joan Oliver Araujo
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Islas Baleares (España)

José Manuel Otero Lastres
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá (España)

José Manuel Paredes Castañón
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Oviedo (España)

Benjamín Rivaya García

Catedrático Acreditado de Filosofía del Derecho
Universidad de Oviedo (España)

Andrés Rodríguez Benot

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España)

Antonio Vicente Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Magistrado del Tribunal Supremo
Universidad Rey Juan Carlos (España)

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Catedrático de Derecho Penal
Universidad EAFIT (Medellín, Colombia)

Gustavo Suárez Pertierra

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Nacional a Distancia (España)

Marina Vargas Gómez Urrutia

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Nacional a Distancia, UNED (España)

Luis Antonio Velasco San Pedro

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid (España)

Leandro Vergara

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Vigo (España)

EVALUADORES DE LA REVISTA

Henar Álvarez Cuesta

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Tamara Álvarez Robles

Profesora Contratada Interina de Derecho Constitucional
Universidad de Vigo

María Jesús Ariza Colmenarejo

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

Alejandra Boto Álvarez

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

David Carrizo Aguado

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

David Casas Agudo

Profesor Titular de Derecho Financiero
Universidad de Granada

Oscar Celador Angón

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado. Miembro del Consejo del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"
Universidad Carlos III de Madrid

Óscar Contreras Hernández

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha

Luis Mariano Cubillas Recio

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valladolid

Juan Damián Moreno

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

Javier Fernández-Costales Muñiz

Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Paz Francés Lecumberri

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra

Mercedes Fuster Gómez

Profesora Titular de Derecho Financiero
Universidad de Valencia

Marta García Mosquera

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Universidad de Vigo

Yolanda García Ruíz

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valencia

Marta González Aparicio

Profesora de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de León

Piedad González Granda

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de León

Francisco Javier Hierro Hierro

Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia (España)

Leticia Jericó Ojer

Profesora de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra

David Lantarón Barquín

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria

Ana Leturia Navaroa

Profesora Agregada de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad del País Vasco

Philippe Martin

Directeur de Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (COMPTRASEC)
Université Bordeaux

María Teresa Mata Sierra

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de León

María Victoria Mayor del Hoyo

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

Igor Mintegui Arregui

Profesor Agregado de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad del País Vasco

Mercedes Murillo Muñoz

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Rey Juan Carlos

Pablo Nuevo López

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Abat Oliba CEU

Joan Oliver Araujo

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Islas Baleares (España)

Marta Ordás Alonso

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de León

Albert Pastor Martínez

Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

Salvador Pérez Álvarez

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Salvador Tarodo Soria

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de León

Raquel Tejón Sánchez

Profesora Ayudante de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Carlos III de Madrid

Daniel Terrón Santos

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca

María Anunciación Trapero Barreales

Catedrática Acreditada de Derecho Penal
Universidad de León

María Rosa Vallecillo Gámez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

Antonio Vaquera García

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de León

Juan Bautista Vivero Serrano

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Asesor del Defensor del Pueblo en materia de Derecho de las Políticas Sociales y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca

João Zenha Martins

Profesor Asociado de Ciências Jurídico-Sociais da Faculdade de Direito
Universidad Nova de Lisboa (Portugal)

La Revista Jurídica de la Universidad de León está disponible en formato electrónico en: <http://www//revpubli.unileon.es/index.php/juridica/index/>

La Revista Jurídica de la Universidad de León se encuentra indexada en las siguientes bases de datos: CIRC Ec3metrics; Dialnet; Latindex; MIAR; ROAD (Directory of Open Access Scholarly Resources); Catálogo Colectivo REBIUN; REDIB (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico); Wzdom.ai; WorldCat.



BULERIA



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho

Universidad de León

ISSN 1137-2702

Núm. 8: Monográfico

EN DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN DE TODOS

2021

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
Esther Seijas Villadangos y María Teresa Mata Sierra Presentación del Número Monográfico <i>En Defensa de la Constitución de Todos</i> Homenaje desde el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de León en su cuadragésimo segundo aniversario	1-3
PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN	5-19
Francisco Sosa Wagner <i>La independencia del Juez</i>	7-19
TÍTULO PRELIMINAR	21-36
Mercedes Fuertes <i>La Constitución en tiempos de pandemia</i>	23-36
TÍTULO I: DE LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES	37-315
Miguel Ángel Alegre Martínez <i>La plasmación constitucional de los derechos humanos: un punto de encuentro en defensa de la Constitución</i>	39-59
Marina Morla González <i>Breve reflexión sobre las controversias biojurídicas que suscita la despenalización de la eutanasia</i>	61-72
Paulino César Pardo Prieto <i>En defensa de la Constitución ante algunas previsiones de los vigentes acuerdos con la Iglesia Católica</i>	73-95
Marta González Aparicio <i>La financiación de la Iglesia Católica a través del sistema fiscal estatal y su adecuación al marco constitucional</i>	97-125

	Páginas
Selene de la Fuente García <i>Libertad de expresión de las convicciones personales y el derecho al honor</i>	127-148
Miguel Díaz y García Conlledo <i>La pena de prisión permanente revisable: ¿hay que mantenerla?</i>	149-164
María A. Trapero Barreales <i>Los fines de la pena y el artículo 25.2 de la Constitución española</i>	165-184
María Teresa Mata Sierra <i>La discriminación por indiferenciación y su incidencia en el ámbito tributario</i>	185-201
Cristina Llamas Bao <i>Hijos menores de edad en redes sociales: su protección al amparo de los artículos 18 y 39 de la Constitución española</i>	203-219
Carlos Heredero del Campo <i>Legislación sanitaria en crisis. Principales problemas y garantías</i>	221-239
Antonio Vaquera García <i>La tributación de los envases de plástico no reutilizables. La relación entre la protección ambiental en la Constitución española de 1978, la economía circular y la fiscalidad</i>	241-266
Carlos Carbajo Nogal <i>El derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada y su apoyo por el ordenamiento tributario</i>	267-285
Luis Miguel Ramos Martínez <i>Los derechos a la intimidad, a la propiedad y a la vivienda; una visión desde el delito de ocupación de bienes inmuebles</i>	287-296
Luis Ángel Ballesteros Moffa <i>Necesarias precisiones al debate sobre el control judicial de las medidas sanitarias</i>	297-315
TÍTULO II. DE LA CORONA	317-330
Isabel Durán Seco <i>La inviolabilidad del Rey en la Constitución: consecuencias en el ámbito jurídico penal</i>	319-330
TÍTULO III. DE LAS CORTES GENERALES	331-351
Nerea Yugueros Prieto <i>Inviolabilidad, inmunidad y aforamiento ¿qué dice la Constitución?</i>	333-351

	Páginas
TÍTULO IV. DEL GOBIERNO Y DE LA ADMINISTRACIÓN	353-373
Lidia García Martín	355-373
<i>Covid-19: impacto en la contratación pública</i>	
TÍTULO VI. DEL PODER JUDICIAL	375-418
Piedad González Granda	377-400
<i>El Poder Judicial en el marco del principio de unidad y del Estado de las Autonomías</i>	
Andrea Jamardo Lorenzo	401-418
<i>Visión constitucional del fiscal instructor en el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020</i>	
TÍTULO VIII. DE LA ORGANIZACIÓN GENERAL DEL ESTADO	419-444
Máximo Rodríguez Bardal	421-444
<i>La autonomía local en la Constitución española. Luces y límites</i>	
TÍTULO X. DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL	445-482
Esther Seijas Villadangos	447-468
<i>El papel de la Constitución en la defensa de la democracia frente al populismo</i>	
Eduardo de Celis Gutiérrez	469-482
<i>Hacia una ciberconstitución. El reto de la digitalización</i>	
DISPOSICIONES ADICIONALES	483-511
<i>Reflexiones de los estudiantes acerca de la Constitución</i>	485-511
Normas publicación	513-516

INDEX OF CONTENTS

	<u>Pages</u>
Esther Seijas Villadangos and María Teresa Mata Sierra Preface	1-3
PREAMBLE	5-19
Francisco Sosa Wagner <i>The independence of judges</i>	7-19
PRELIMINARY PART	21-36
Mercedes Fuertes <i>The Constitution in times of pandemic</i>	23-36
PART I: CONCERNING FUNDAMENTAL RIGHTS AND DUTIES	37-315
Miguel Ángel Alegre Martínez <i>Constitutional rendering of human rights: A meeting point in defense of the Constitution</i>	39-59
Marina Morla González <i>A brief reflection on the bioethical controversies raised by the decriminalisation of euthanasia</i>	61-72
Paulino César Pardo Prieto <i>In defence of the Constitution in the face of certain provisions of the current agreements with the Catholic Church</i>	73-95
Marta González Aparicio <i>The financing of the Catholic Church through the state tax system and its adaptation to the constitutional framework</i>	97-125
Selene de la Fuente García <i>Freedom of expression of personal convictions and the right to honor</i>	127-148
Miguel Díaz y García Conlledo <i>The revisable permanent prison sentence: should it be maintained?</i>	149-164

	Pages
María A. Trapero Barreales <i>The aims of punishment and article 25.2 of the Spanish Constitution</i>	165-184
María Teresa Mata Sierra <i>Discrimination by indifferenciation and its impact in the field of taxation</i>	185-201
Cristina Llamas Bao <i>Underage children in social networks: Their protection under articles 18 and 39 of the Spanish Constitution</i>	203-219
Carlos Heredero del Campo <i>Health legislation in crisis. Main problems and guarantees</i>	221-239
Antonio Vaquera García <i>The taxation of non-reusable plastic packaging. The relationship between environmental protection in the 1978 Spanish Constitution, the circular economy and taxation</i>	241-266
Carlos Carbajo Nogal <i>The constitutional right to enjoy decent and adequate housing and its support by the tax system</i>	267-285
Luis Miguel Ramos Martínez <i>The rights to privacy, property and housing; a view from the crime of occupation of real estate</i>	287-296
Luis Ángel Ballesteros Moffa <i>Necessary clarifications to the debate on the judicial control of sanitary measures</i>	297-315
PART II. THE CROWN	317-330
Isabel Durán Seco <i>The inviolability of the King in the Constitution: Consequences in the criminal law sphere</i>	319-330
PART III. THE CORTES GENERALES	331-351
Nerea Yugueros Prieto <i>Inviolability, immunity and privileges: What does the Constitution say?</i>	333-351
PART IV. GOVERNMENT AND ADMINISTRATION	353-373
Lidia García Martín <i>Covid-19: Impact on public procurement</i>	355-373

	Pages
PART VI. JUDICIAL POWER	375-418
Piedad González Granda	377-400
<i>The Judiciary within the framework of the principle of unity and the State of Autonomy</i>	
Andrea Jamaro Lorenzo	401-418
<i>Constitutional vision of the investigating prosecutor in the new Draft Bill of Criminal Prosecution Law of 2020</i>	
PART VIII. TERRITORIAL ORGANISATION OF THE STATE	419-444
Máximo Rodríguez Bardal	421-444
<i>Local autonomy in the Spanish Constitution. Lights and limits</i>	
PART X. CONSTITUTIONAL AMENDMENT	445-482
Esther Seijas Villadangos	447-468
<i>The role of the Constitution in the defense of democracy against populism</i>	
Eduardo de Celis Gutiérrez	469-482
<i>Towards a cyberconstitution. The challenge of digitalization</i>	
ADDITIONAL PROVISIONS	483-511
<i>Student's reflections on the Constitution</i>	485-511
Publishing regulations	513-516

En defensa de la Constitución de todos

Homenaje desde el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de León en su cuadragésimo segundo aniversario

Esther Seijas Villadangos

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de León. meseiv@unileon.es

Teresa Mata Sierra

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de León. mtmats@unileon.es

En un *annus horribilis* como 2020, la celebración del cuadragésimo segundo aniversario de la Constitución supuso un acontecimiento que era merecedor de una conmemoración relevante, especialmente por parte de los alumnos y profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de León. Una Constitución que ha sido el buque insignia de la consolidación de un Estado política, social y económicamente. Sin embargo, son malos tiempos para la lírica, ya sea para quienes les transporte al poema de Bertolt Brecht o a la sonoridad de la canción de Golpes Bajos.

La Universidad de León y su Departamento de Derecho Público han querido solemnizar lo que debiera ser obvio y empoderar a la Constitución con la fortaleza de la juventud de nuestros estudiantes y el buen hacer de los profesores, con un Curso en Defensa de la Constitución, un manjar excelso regado por la donación, desde el Senado, de un ejemplar de la Constitución a cada uno de nosotros. Algo con lo que recuperamos la tradición, ya que en cada casa en 1978 había una Constitución, que también nos daban en las escuelas, editada por el Ministerio de Educación, sin que mediara fantasma de polución ideológica.

La Constitución tiene muchos frentes abiertos. En esta reflexión que adelanta su estudio en profundidad por los artículos que componen este número monográfico, en cuyo estudio nos detendremos guiados por el orden de su articulado, brújula que ha guiado la presentación formal de este trabajo. A modo de aperitivo, en el preámbulo constitucional, se proclama la voluntad de “*garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo*”. Para convivir hay que consensuar, y si la sociedad española del siglo XXI es diversa y plural, nuestras Cortes Generales y nuestro Gobierno también lo han de ser, pero tienen preceptivamente que alcanzar soluciones integradoras dentro de la legalidad. Son la garantía institucional de la misma, a quienes la Constitución prohíbe azuzar polémicas, enfrentamientos y conflictos. Debemos saber que quienes así se comportan –gobierno y oposición–, son los demagogos populistas de quienes nos advertía Aristófanes que eran como los pescadores de anguilas, que solo llenaban sus cestas en aguas turbias y fangosas.

El Título II, De la Corona, también merece una reflexión en este prólogo. La forma política del Estado español es la Monarquía Parlamentaria (art. 1. 3 CE). En palabras de

Thiers, el “Rey reina, pero no gobierna”, dada su función simbólica de unidad y permanencia del Estado. Quienes abogan por una república, deberían precisar –pero, eso no interesa– qué tipo de República nos proponen. En la más cercana a nosotros, la II República, su Presidente era elegido por un grupo de compromisarios (art. 68, Constitución de 9 de diciembre de 1931), juntamente con las Cortes, unicamerales (art. 121, d), evitando que “fuese esclavo del Congreso” y asumiendo su carácter poco democrático, como se refleja en los debates constituyentes. Incluso, ni tan siquiera los compromisarios llegaron a intervenir en la elección de Niceto Alcalá Zamora, que lo sería por solo 362 votos. Decir que, Miguel de Unamuno y José Ortega y Gasset recibieron un voto, respectivamente. A D. Manuel Azaña le catapultaron a la presidencia 754 votos. La Jefatura monárquica de nuestro Estado fue respaldada por prácticamente dieciséis millones de votos, los de quienes votaron sí en el referéndum de 6 de diciembre de 1978. Ese apoyo al poder constituyente, se proyecta generacionalmente desde el funcionamiento de los poderes constituidos a cuyo funcionamiento contribuyen todos los que en las últimas elecciones tuvieron la mayoría de 18 años. Respecto al asunto de la inviolabilidad, sostengo que esta se vincula a sus actos como “Jefe de Estado”, en una interpretación coherente del art. 56 de nuestra Constitución y del art. 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Quien ostenta de modo vitalicio y con carácter honorífico el título de Rey –que no emérito– ha de mostrar la dignidad que ello conlleva, resultando sencillo modificar ese estatus conferido desde una regla con carácter reglamentario, como el Real Decreto 470/2014, de 13 de junio, a propuesta del Presidente, previa deliberación en Consejo de Ministros.

Sobre el gobierno y las Cortes Generales, que es como nuestra Constitución designa a los poderes ejecutivo y legislativo, su configuración

es meridianamente clara, debiendo ser obligatorio que todos sus miembros leyesen obligatoriamente sus artículos antes de jurar, más o menos solemnemente, sus cargos. El gobierno halla su legitimidad en su configuración mediata desde su apoyo parlamentario (art. 99 CE), que en ningún caso le habilita una licencia para gobernar alterando la prelación de fuentes del Derecho, de modo obsesivo, a través del abuso de la figura de los Decretos Leyes (art. 86 CE).

Finalmente, queremos apelar a los medios de comunicación. En una sociedad tecnologizada, hiper informada, estos tienen una responsabilidad especial, más allá de los dictámenes de la libertad de empresa. Conozcan la Constitución, para luego avalar o rechazar fake news y postverdades. No necesitamos Ministerios de la Verdad, en la ética del buen hacer periodístico va implícito y, con ello, recuperar el rol de los profesionales de la información, que ahora parece ser una gratuita aplicación inserta en cualquier teléfono móvil.

La Constitución somos todos. La conformación de una cultura constitucional se cimenta en actos como el realizado y en publicaciones como el presente número monográfico de la Revista Jurídica de la Universidad de León que tiene aún más motivo, si cabe, al recordar que nuestra Carta Magna y nuestra Universidad leonesa son de la misma quinta. En estos días, recogidos por un virus global que atenaza nuestro derecho más fundamental que es el derecho a la vida (art. 15 CE), sin el cual los demás devienen en espurios, leamos la Constitución y recuperemos la emblemática actitud de la Juez Ginsburg, y así diremos, *“Yo disiento de quienes no valoran la Constitución, trabajo por lo que creo, elijamos nuestras batallas y no quememos nuestro puente, que es la Carta Magna”*.

Por nuestra parte, asumiendo la Dirección del Curso y de este número, rubricamos nuestro compromiso con la Constitución motivando que a lo largo de los días previos a su 42

cumpleaños, más de una veintena de profesores del Departamento de Derecho Público hayamos disertado, debatido y reflexionado en el mejor foro posible, el Salón de Grados de la Facultad de Derecho, sobre algunos de los problemas que aquejan a nuestra Norma Fundamental, haciendo partícipes de ello a nuestros alumnos de Grado en Derecho y ahora, también a ustedes.

Porque ellos, los alumnos de nuestra querida Facultad, se han implicado en esta empresa que ha querido ser un homenaje a nuestra Carta Magna, en la que las voces de nuestros jóvenes, proyecto de juristas en cuyas manos pondremos el futuro de nuestra Constitución y con ello el nuestro, son relevantes; de ahí que, en este Monográfico hayamos contado con sus reflexiones y sus puntos de vista sobre aquellos temas que más les preocupan. Sus razonamientos plagados de sentido común y madurez, les sorprenderán, y les ayudarán a conocer mejor a nuestros universitarios.

La Constitución de 1978 a fecha de hoy, resulta *“necesaria e insustituible”* y por eso desde el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de León hemos querido apostar por ella. El resultado, que ahora se presenta en este número monográfico, sin duda, ha merecido la pena por lo que, una vez más, tenemos que agradecer el esfuerzo y la ilusión de todos, profesores y alumnos en llegar a este punto.

Esto no quiere decir que la Constitución no se pueda cambiar, ni tampoco que todos y cada uno de nosotros debamos estar de acuerdo al cien por cien con su articulado, con cada punto, y con cada coma. Pero lo cierto es que nos ha regido durante décadas y nos ha garantizado una convivencia en paz, en libertad y en democracia y por eso se merece nuestro apoyo y nuestro respeto, hasta en la discrepancia.

¡Feliz cuadragésimo segundo cumpleaños desde el Departamento de Derecho Público de la Universidad de León!

Preámbulo de la Constitución

La independencia del juez

Francisco Sosa Wagner

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de León. fsos@unileon.es

Recibido
7 diciembre 2020

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE
Constitución;
Jueces; Consejo
General del Poder
Judicial.

KEYWORDS
Constitution;
Judges; General
Council of the
Judiciary.

Resumen

La historia de la independencia de los jueces es una historia a la búsqueda precisamente de su tergiversación y vaciamiento. Una historia triste. Así fue a lo largo de todo el siglo XIX donde no hay momento, si tomamos como punto de partida la Constitución de Cádiz, que no haya sido maltratada por los gobernantes. Desde ese momento inicial hasta nuestros días los derroteros seguidos han sido muy inquietantes. Un análisis crítico sobre lo que se ha designado como "politización de la justicia" será la guía de esta reflexión con la que se abrió formalmente el curso *En defensa de la Constitución*.

The independence of judges

Abstract

The history of the independence of judges is a history in search precisely of its misrepresentation and emptying. A sad history. This was the case throughout the 19th century, when there is no moment, if we take as a starting point the Constitution of Cadiz, that has not been mistreated by the rulers. From that initial moment to the present day, the paths followed have been very disturbing. A critical analysis of what has been called the "politicization of justice" will guide this reflection, which formally opened the course *In Defense of the Constitution*.

|

Como voy a hablar de la independencia judicial, empiezo perfilando el contenido de esta expresión que acoge ingredientes variados como son el nombramiento del juez, la inmovilidad en su puesto y el derecho a una carrera –traslados voluntarios, ascensos, jubilación, etc.– a medida que se acumulan sobre él años, canas, lecturas de textos abstrusos y amarguras; de otro, su exclusiva vinculación a la ley y, en su caso, a la jurisprudencia de los tribunales, así como su ajenezado respecto de los intereses de las partes sometidas a sus decisiones (imparcialidad).

A su vez, ese juez es o constituye por sí mismo un poder, el judicial, que ha de ser respetado por los poderes legislativo y ejecutivo con los que ha de mantener relaciones ordenadas –concertadas– y presididas por el mutuo equilibrio.

La historia de la independencia de los jueces es una historia a la búsqueda precisamente de su tergiversación y vaciamiento. Una historia pues triste. Así fue a lo largo de todo el siglo XIX donde no hay momento, si tomamos como punto de partida la Constitución de Cádiz, que no haya sido maltratada por los gobernantes. Ni un momento, ni un minuto. Con la revolución de 1868 se entró en una etapa algo más esperanzada pues fue en esa época cuando se aprobó la ley orgánica del poder judicial de 1870, sobre la que tantas alabanzas han recaído durante más de un siglo. Es el texto que con más precisión se ocupó del oficio judicial estableciendo las oposiciones para ingresar y dotar al ejercicio de la profesión de las garantías que todas las Constituciones habían previsto –también la nueva de 1869– y nunca se habían cumplido. Aunque preciso es añadir que tales oposiciones se celebraban muy condicionadas por filtros ministeriales en la selección de los candidatos, en el visto bueno a quienes pasaban las pruebas, en los certificados de conducta...

Y por el hecho de que la misma Revolución se vio en la dolorosa necesidad de limpiar los tribunales de isabelinos y llenarlos con personas cercanas –o que se decían cercanas– a los nuevos árbitros –Serrano, Prim–... Con crudeza lo expresó el ministro de justicia de turno: “la inamovilidad exige alguna meditación, algún espacio y exige también que antes de que esta inamovilidad se haga efectiva, la depuración del cuerpo general de la magistratura española”. Otro colega que le sucede en la cartera dirá, también sin muchos escrúpulos: “la inamovilidad judicial... pudiera ser en España, si se aplicase sin oportunidad, una fuente inagotable de peligros para la causa del orden y la libertad y, desde luego, por falta necesaria de preparación, un obstáculo que entorpecería la Administración de Justicia”.

Con todo, es esa ley de 1870 la que trata de zanjar un debate adicional que venía de muy atrás, el de la responsabilidad de los jueces (artículo 98 de la Constitución de 1869): las Salas de Gobierno de las Audiencias y la del Tribunal Supremo se constituirían en salas de justicia para ejercer la potestad disciplinaria (que era el sistema instaurado en Cádiz).

Y es que, si tenemos la curiosidad de mirar por el espejo retrovisor del siglo, puede decirse que no hay año a lo largo de toda su andadura en el que no se estuviera elaborando una norma que regulara la exigencia de responsabilidad de quienes administraban la justicia.

Los excesos discursivos consiguieron su fruto: jamás se llegó a una fórmula aplicable y aplicada. Un problema cuya gravedad acertó a poner de manifiesto Montero Ríos, impulsor de esta ley de 1870 en el gobierno del general Prim: “la inamovilidad sin la responsabilidad es la tiranía del poder judicial; la responsabilidad sin la inamovilidad es la arbitrariedad del poder ejecutivo”.

La Restauración que trae de nuevo a los Borbones a España, con toda su aparente normalidad constitucional, su turno británico, sus simulados buenos modales fue tan poco respetuosa con la inamovilidad judicial como los regímenes políticos que la precedieron. Con todo, algún avance en el *status* del juez hay que anotar, así por ejemplo, a partir de 1889, al menos para los jueces ingresados en virtud de pruebas públicas y es el momento también que sirve para

datar el nacimiento del corporativismo judicial, muy determinante en la historia de la justicia española e inexistente con anterioridad, cuando los jueces eran, sin rubor alguno, de quita y pon.

Pasan los años y se abren nuevos agujeros por los que se desplazan con tranquilidad las prebendas y el favor político: abogados que ingresan en secretarías y vicesecretarías judiciales para poder optar a puestos de juez, cuarto turno para abogados, triquiñuelas en las convocatorias de oposiciones para permitir la acumulación de vacantes etc.

Si queremos resumir, no obstante, las que se mandan al Boletín del Estado durante el primer tercio del siglo XX se podría decir que se culmina el proceso de “funcionarización” del juez logrando su mayor capacitación técnica y, con ella, su neutralidad en lo tocante a la política. El avance que se logra en relación con la inamovilidad es fruto de ese proceso de incorporación de los jueces al espacio de los empleados públicos que están viviendo los estertores de las “cesantías”.

Cuando el régimen restaurado en 1875 ya no se sostenía en pie, el monarca echó mano de su Narvárez llamado en este caso Miguel Primo de Rivera. No bien tomado el poder, en los primeros días de octubre de 1923 (el golpe de Estado se había producido los últimos de septiembre), organizó una Junta inspectora para que en un plazo perentorio purificara el estamento judicial de sus elementos patógenos no sin antes suspender la vigencia de los preceptos beneméritos de la ley de 1870. Una prueba inequívoca de que el dictador tenía una conciencia constitucional que no había muerto sino que se hallaba tan solo transitoriamente adormilada.

A él se debe la creación de una “Junta organizadora del Poder judicial” constituida por magistrados y fiscales elegidos por sus compañeros y encargada de formular propuestas vinculantes para el Gobierno sobre nombramientos, ascensos, traslados etc.: “confiamos –decía con el desparpajo propio del jacarandoso general la Exposición de motivos– a la propia magistratura su depuración, su reforma y su régimen porque estamos seguros de ella misma, pero alejándola de toda intervención política, de todo aquello que ha perturbado su vida”. Se sustituiría en 1926 por un “Consejo Judicial” donde ya mete la mano el Gobierno de Primo descaradamente. Bueno es recordar que reciente era la instauración de esta fórmula de gobierno corporativo de los jueces en la Constitución mexicana de Querétaro (1917).

Llegamos a creer en mi generación que, con el Consejo del Poder judicial de nuestra actual democracia, del que me ocuparé más adelante, habíamos logrado el *rien ne va plus* de autogobierno judicial. Nadie imaginaba en los años ochenta del siglo XX, cuando se cocinaba, en medio de ardores “progresistas” y excesos teológico-constitucionales, el citado Consejo, nadie sospechaba digo que la sombra del general Primo de Rivera –y de la revolución mexicana– se proyectaba sobre los trabajos de la democracia española de finales del siglo XX.

¿Qué ocurrió durante la II República, unos pocos años que tanta nostalgia producen en la actualidad en ambientes que podríamos llamar tiernos en materia de saberes y lecturas?

La Justicia –así llamada, evitando la palabra “poder”– reprodujo el modelo que venía de la monarquía con leves retoques.

Pero veamos los entresijos del sistema y la opinión que acerca de la independencia de los jueces tuvieron algunos de los más significados políticos republicanos. Nada menos que Azaña, ocupando la cabecera del banco azul, decía el 23 de noviembre de 1932: “yo no sé lo que es el poder judicial... aquí está la Constitución. Yo no gobierno con libros de texto, ni artículos, ni con tratados filosóficos y doctrinales, gobierno con este librito y digo que se me busque en este libro el poder judicial, que lo busquen aquí, a ver si lo encuentran ... no es solo una cuestión de palabras, va mucha e importantísima diferencia de decir Poder judicial a decir Administración de Justicia, va todo un mundo en el concepto del Estado...”. Y en el mismo tono, solo que en términos más despachados, continuó: “pues yo no creo en la independencia del poder judicial...”. Gil Robles le interrumpe: “pero lo dice la Constitución”. A lo que Azaña replica: “lo que yo digo es que ni el poder judicial ni el poder legislativo ni el poder ejecutivo pueden ser independientes del espíritu público nacional... hostiles al espíritu público dominante en el país”. Entonces se oye la voz de Santiago Alba: “eso ya lo dijo Primo de Rivera”. Y Azaña, rápido, da la puntilla argumental: “Pues alguna vez tenía que acertar Primo de Rivera”.

Con este espíritu no extraña que las intromisiones en la carrera judicial de todos los gobiernos republicanos –de cualquiera de los bienios y no digamos del Frente popular– fueran constantes.

En vísperas de la guerra civil se aprobaría otro proyecto de ley –9 de julio de 1936– por el que se establecía que los jueces, magistrados, presidentes de Sala y aun el mismo presidente del Supremo se jubilarían a la edad de sesenta y siete años. Más aún: similar medida –la jubilación– procedería cuando los citados funcionarios actuasen con manifiesta hostilidad a las instituciones republicanas.

Todo ello demuestra el entrometimiento político permanente en las instancias judiciales. Puede decirse así que el artículo 98 de la Constitución, garantizador de la inamovilidad de los jueces, fue infringido con desparpajo en sonadas ocasiones.

La guerra civil hará trizas los escalafones judiciales en ambos bandos cuyas autoridades se dedicaron con celo digno de mejor empeño a limpiarlos de “desafectos”.

En los años iniciales del franquismo, una vez acabada la gran batahola, fueron apartados unos sesenta jueces pero la medida más contundente fue la reserva del 50% de todas las plazas del empleo público a los excombatientes: en el caso de los jueces, en la primera oposición que se convocó para cubrir 130, en rigor solo 26 correspondían al turno libre. Se puso en pie además el Tribunal especial para la represión de la masonería y el comunismo, activo hasta 1963 en que fue sustituido por el Tribunal de Orden público. No hace falta decir que todos los jueces que lo integraban debían su nombramiento a la entera discrecionalidad del Gobierno.

Con todo, a finales del franquismo se instauró el ascenso de juez a magistrado por antigüedad pero, en los casos de nombramientos relevantes, la antigüedad se combinaba con la

idoneidad, lo que permitía al ministerio de Justicia designar a los magistrados de las Audiencias de las siete poblaciones más importantes, a los jueces de primera instancia e instrucción de esas mismas ciudades, a los jueces decanos y a los presidentes de Sala de lo civil de las Audiencias territoriales y de Sección de las provinciales.

Durante el franquismo fue habitual que para el cargo de alcaldes, gobernadores y demás se nombrara a jueces que luego volvían tan tranquilos a su juzgado o se iban directamente al Supremo, lo que ocurría invariablemente con quienes ostentaron el cargo de directores generales de Justicia. El juez que aspiraba a ascender rápido lo mejor era que iniciara la carrera política en las filas del Régimen (del Estado o del Movimiento) pues en la propiamente jurisdiccional se aburriría sin remedio –si no tenía una afición inmarchitable– como magistrado de una Audiencia o como juez de instrucción en un pueblo.

Veremos cómo el viento de la democracia ni se llevó tales prácticas ni las convirtió en mustias escorias.

II

¿Qué es lo que se encuentra quienes empiezan a reconstruir la democracia en España después de la larga dictadura franquista?

En vigor se hallaba la vieja ley de 1870 a la que ya me he referido. Cuando el legislador nuevo se pone manos a la obra su primer producto es la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial de 1980 que era un órgano creado por la Constitución y que se hallaba falto de regulación concreta y detallada. Según lo en ella dispuesto, doce de sus miembros serían elegidos por los jueces y magistrados y ocho por el Congreso y el Senado. Su presidente sería al mismo tiempo presidente del Tribunal Supremo.

Esta es la letra de la ley. Su espíritu: entregar el poder, el inmenso poder del Consejo (que iremos viendo poco a poco), a los jueces.

En 1985, con el PSOE gobernando, se aprueba una nueva ley orgánica del Poder judicial y como consecuencia de ella se producen dos cambios sustanciales: el primero fue la modificación del sistema de elección de los miembros del Consejo, ahora íntegramente en manos de las Cortes (de abrumadora mayoría socialista); el segundo consistió en la adopción de unas medidas sobre jubilación de los jueces y magistrados que afectó a más de la cuarta parte del escalafón entonces existente.

“Limpieza” pues de la justicia en el último tercio del siglo XX. Al lector de las páginas anteriores le sonará el asunto y, si es perspicaz, anotará el cambio leve en las formas, no en el fondo. Siempre ha sido la jubilación de magistrados un arma en manos del poder.

Aclaradas sumariamente las piezas más relevantes del panorama legislativo, procede explicar algunos de sus elementos, el más señalado de los cuales sería este Consejo General del Poder Judicial del que, por lo demás, cualquier lector de periódicos, radioescucha o televidente está oyendo citas constantes en las noticias.

Digamos de entrada que a él se refiere con toda la solemnidad el artículo 122. 2 y 3 de la Constitución alojado dentro del Título VI dedicado al “Poder Judicial”.

Lógicamente lo que buscaban, de buena fe, los beneméritos diputados que redactaron la Constitución era robustecer la separación de los poderes y a garantizar la independencia del poder judicial, así lo pone de manifiesto Gregorio Peces Barba en su libro sobre “la elaboración de la Constitución”. Adviértase que el tal poder está escrito con mayúsculas en nuestra Constitución, lo que revela la importancia que se le quiso otorgar, postura comprensible al estar España a la sazón saliendo de una dictadura donde el juez, por la propia naturaleza de tales regímenes, está sometido a limitaciones obvias. El “entusiasmo judicialista” era evidente. De ahí que el poder ejecutivo, el Gobierno, debía ser desapoderado de sus tradicionales competencias en la Administración de Justicia para, al mismo tiempo, estrenar con toda solemnidad un órgano dedicado exclusivamente al gobierno de ese soñado Poder Judicial: independiente, libre de mácula alguna, dispuesto a inaugurar una nueva era en la asendereada historia española de las relaciones entre los poderes públicos.

Los mayores enredos se han vivido desde que fue necesario aprobar una ley orgánica para ponerlo en funcionamiento. Especialmente en torno a su composición.

Los doce Vocales –jueces serían elegidos entre las tres categorías, es decir, magistrados del Tribunal Supremo, magistrados y jueces, en la proporción de tres magistrados del Tribunal Supremo, seis magistrados y tres jueces. La elección incumbiría a todos los magistrados y jueces en servicio activo con un mandato de cinco años y se llevaría a cabo mediante voto personal, igual, directo y secreto. El sistema electoral elegido fue el mayoritario, cada elector votaría un máximo de dos candidatos de la misma candidatura. Tales candidaturas debían venir avaladas por un diez por ciento de los electores que comprendieran al menos el cinco por ciento de los electores de cada categoría o por una asociación profesional válidamente constituida. Adviértase que ya nos ha salido la referencia a “una asociación profesional”. Volveremos inevitablemente sobre esta figura más adelante.

De momento anotemos que en 1980 solo había en España una única (y “verdadera” podríamos decir como la religión) asociación judicial, la llamada “Profesional de la Magistratura”, casualmente integrada por jueces y magistrados de tendencia conservadora. Se obstaculizó y se logró evitar que “Justicia democrática” estuviera presente en la contienda. No es extraño, en tales circunstancias, que los candidatos de la primera se alzaran con la victoria absoluta obteniendo el cien por cien de la representación: los doce puestos.

El resto, los ocho miembros a designar por Congreso y Senado, fueron el resultado del pacto habido entre UCD y el PSOE: tres a propuesta de cada uno de estos partidos y los dos restantes por acuerdos de ellos con otros grupos.

Naturalmente se oyeron en las Cortes las palabras cambalache y “secretismo” (por aquel entonces tal vocablo ya había sustituido al más normal y expresivo de “secreto” y como papanatas ahí seguimos): ¿quienes las pronunciaron? pues quienes no habían sido llamados al reparto del apetitoso pastel y se habían quedado mirando a través del cristal del escaparate donde se vendían los dulces (como un niño hambriento de un cuento de Dickens).

Todo esto ocurrió en 1980.

En octubre de 1982 los socialistas ganaron por abrumadora mayoría las elecciones generales constituyéndose su primer Gobierno en diciembre de ese mismo año. Es este Gobierno el que aborda la elaboración de una ley completa del Poder judicial, ya no solo referida al Consejo General del Poder judicial.

Y es en esta ley (que lleva la fecha de 1 de julio de 1985) donde se cambia y de forma sustancial la elección de los doce miembros de la carrera judicial: a partir de su entrada en vigor cada Cámara “propondrá (al Rey) por mayoría de tres quintos de sus miembros, otros seis Vocales elegidos entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales que se hallen en servicio activo”. Fue entretenido observar los cambios de opinión entre los intervinientes en el debate vivísimo que se suscitó, sobre todo los malabares a que se vieron obligados los socialistas que habían estado sosteniendo justo lo contrario hasta el día anterior.

Pero la opción fue clara y tan diáfana como esas luces que tanto sacan los poetas en sus escritos y nunca se abaten: con la mayoría aplastante de los socialistas en las Cortes la toma del palacio del Consejo estaba asegurada sin más que ordenar a sus diputados y senadores pulsar un botón. Para quedarse con el botín.

En marzo del año 2000 se celebraron elecciones legislativas y empieza el “reinado” con mayoría absoluta del Partido Popular. Es el momento de nuevo de modificar la forma de componer el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, ese oscuro objeto de deseo de todo grupo político que en algo se tenga. Coincidiendo con un llamado Pacto de Estado por la Justicia que el partido del Gobierno firmó con el PSOE nació la ley de 28 de junio de 2001 que modificó la elección de los miembros parlamentarios del Consejo (completada con otra de 23 de diciembre de 2003 que formula de nuevo ciertas atribuciones del Consejo).

Se introdujo la posibilidad de que los nombres que iban a ser votados por los parlamentarios procedieran de elecciones celebradas entre los jueces y magistrados. Hay que decir que ya habían cobrado vida varias asociaciones de jueces que además estaban y están muy presentes en los debates públicos y en los medios de comunicación. Y también que el número de jueces no asociados se acerca a la mitad de todo el estamento judicial (que cuenta con algo más de cinco mil funcionarios).

Resultado: sabemos ya de la existencia de la Asociación Profesional de la Magistratura, llamada conservadora, en todo caso, mimada por el Partido Popular; la otra, llamada progresista, es Jueces para la Democracia que se deja acariciar por el Partido Socialista. Existe otra, minoritaria, la “Francisco de Vitoria” que hace esfuerzos por denunciar desmanes y, por último, el Foro Judicial Independiente. Con muy pocos afiliados actúa la Asociación nacional de jueces. No hace falta estar en la lista de nominaciones de los Nobel de la Academia Sueca para intuir que serán los candidatos de las dos primeras asociaciones mencionadas los que mayores perspectivas tengan de avanzar hacia la victoria por estos accidentados parajes sembrados de minas partidarias.

La pregunta incisiva es: ¿tanto enredo, por qué y para qué? ¿cuáles son en rigor las atribuciones de este Consejo? ¿por qué atraen a tantos y durante tanto tiempo?

La respuesta es fácil: son variadas y algunas sustanciosas. Me limito a citar las dos que juzgo más relevantes: de un lado, el nombramiento de magistrados; de otro, el ejercicio de la

potestad disciplinaria sobre este grupo de profesionales (en palabras de la Constitución “... nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario”). La función consultiva que ejercen, es decir, el informe que emiten respecto de normas que van a ser enviadas por el Gobierno al Parlamento resulta un exceso pues, a mi juicio, tal asesoramiento debería practicarse tan solo en el caso de leyes que afecten directamente a la organización o el funcionamiento del poder judicial.

Quiero insistir en una realidad inequívoca: en España los jueces ingresan en la carrera por medio de duras pruebas públicas, ascienden de acuerdo con reglas previsibles, se especializan a base de estudio y sometiéndose a exámenes competitivos, sus sueldos pueden ser conocidos... Todo ello les permite ejercer su oficio con independencia.

Por cierto, una independencia que no es privativa de los jueces pues de la misma forma se desempeña el profesor universitario cuando escribe o da sus clases, el registrador de la propiedad cuando califica un documento o el médico de la Seguridad social cuando aplica la *lex artis* al diagnóstico y tratamiento de un paciente.

Siendo esto así ¿dónde está el problema? ¿por qué se habla de la politización de la justicia, dicho así sin matices?

Pues porque hay determinados cargos judiciales a los que se llega por medio de nombramientos en los que intervienen instancias que participan de la sustancia política. Son los de magistrados del Tribunal Supremo, presidentes de salas de ese mismo Tribunal, presidentes de la Audiencia nacional y de sus salas, presidentes de Tribunales superiores de Justicia y asimismo de sus salas, en fin, presidentes de Audiencias y magistrados de las salas de lo civil y criminal competentes para las causas que afectan a los aforados.

Con carácter general, salvo parte de los últimos citados, es el Consejo General del Poder Judicial (Pleno del mismo por mayoría simple después de los cambios habidos que recoge la sentencia del TC 238/2012 de 13 de diciembre, una pelea entre el PP y el Gobierno socialista) el que efectúa los nombramientos y lo hace de forma discrecional y secreta aunque está obligado a *motivar* su decisión. Advirtamos cómo se ha perdido el hilo de la regla previsible y cómo, por esta vía, se cuelan consideraciones que ya no son estrictamente profesionales.

La lista de cargos judiciales *discrecionales* se amplió con la ley de 1985 que los acreció con los de la Audiencia Nacional y los de las Audiencias Provinciales dejando la puerta abierta además a “otros cargos discrecionales”. A ellos preciso es añadir los miembros no electivos de las salas de gobierno del Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores.

Mi tesis es la siguiente: creo que el juez –cubierto de canas y ahíto de trienios– que aspira a estos cargos no se merece la humillación que supone una negociación ruborosa en el seno del Consejo, epicentro de pugnas políticas y de pactos embolismáticos entre las asociaciones judiciales.

Como es fácil imaginar, detrás de cada uno de esos nombramientos, al haber personas concretas, hay inevitablemente pasiones, ambiciones, anhelos y otros sentimientos –buenos, unos; deplorables, otros– propios del humano proceder. La consecuencia es que, en un

sistema político como el que tenemos que blasona de haber sometido (desde 1978) a control toda la actividad de las Administraciones sin dejar resquicio alguno fuera de la mirada de Argos de los jueces, es lógico que cause extrañeza –y aun estupor– el hecho de que el ascenso de un magistrado al cielo del Tribunal Supremo –la culminación de una carrera– constituya un territorio exento en buena medida de ese control al calificarse tal promoción de *discrecional*.

Este torpe razonamiento empieza a ser corregido a partir de 2005 cuando los jueces del Supremo introducen, aunque de forma suave, la *motivación* del nombramiento como instrumento de control y lo hacen analizando la documentación aportada por los candidatos y que ha sido valorada por el Consejo.

La tercera etapa es algo posterior en el tiempo y en ella se reacciona ya ante la *desviación de poder* o el *abuso de poder* que pueden suponer estas actuaciones “por libre” de un órgano que se encuentra a rebosar de jueces y juristas distinguidos. Se anularon varios nombramientos por falta de motivación y en un caso incluso ¡por falta de requisitos del nombrado!

De donde se deduce que los señores magistrados del Tribunal Supremo, confabulados con los señores vocales del Consejo General del Poder Judicial, a base de hilar cada vez más fino, a lo mejor acaban descubriendo el mediterráneo del concurso. A esa búsqueda del mar ignoto se han unido los señores diputados porque, en las observaciones que han dirigido al Consejo General del Poder Judicial relacionadas con la Memoria del año 2014, realzan la necesidad de respetar el principio de mérito y capacidad en los nombramientos discrecionales anunciando criterios, método de valorarlos y demás... a la hora de cubrirlos lo que nos lleva, como digo, a las anheladas playas (ya que hablamos de mar) del concurso.

III

Resumamos lo más sustancial de lo explicado hasta ahora: para que exista una justicia independiente es necesario que el juez –individualmente considerado– sea independiente. Y para conseguirlo la receta es clara: pruebas públicas de ingreso, especialización como jurista (mercantil, laboral menores, contencioso ...), carrera asegurada sin sobresaltos ni trampas, trabajo razonablemente valorado, sueldo digno, jubilación asimismo reglada. Dicho de otra forma: un estatuto jurídico del juez regido en todo por el principio de legalidad, alejado de componendas políticas y asociativas.

Con estas cautelas –elementales en un Estado de Derecho– es suficiente. Porque preciso es añadir –sin que con ello esté atribuyendo al juez la condición de un simple funcionario– que la independencia del juez no tiene componentes teológicos ni participa de sustancia sacerdotal alguna.

A partir de ahí, no resta sino encajar la actividad del juez en un servicio público, el de la justicia, que ha de superar todas las carencias materiales y funcionales que hoy día padece, algo que no debemos contemplar como una quimera ya que otros servicios públicos –ej., la medicina– cuentan con un nivel de eficacia y, por ello, de aceptación social muy elevados.

Meditemos: si el juez civil media a satisfacción de las partes en un conflicto, el juez de lo social lo hace en la relación del trabajador con el empresario, el penal manda a la cárcel a quien se haya hecho acreedor al castigo, el del orden contencioso-administrativo defiende a los particulares de las tropelías que pueda cometer la Administración o depura las ilegalidades de sus reglamentos, ordenanzas etc. ... si todo eso ocurre estamos ya justamente ante el Poder Judicial con todas las mayúsculas que queramos poner y todo el énfasis constitucional con que queramos subrayarlo, adornarlo y engrandecerlo. Pues ¡ahí es nada el cometido del juez que se ha descrito! ¿qué es sino Poder, puro Poder? Yo lo llamaría Poder jurisdiccional, el poder “de decir el Derecho”.

Envolver este Poder formidable –la función estatal jurisdiccional– en un sistema de autogobierno –el cuerpo orgánico que le sirve de base– creyéndolo ingrediente indispensable para garantizar la independencia, es fabricar un trampantojo, es decir, “una trampa o ilusión con que se engaña a alguien haciéndole ver lo que no es” (Diccionario RAE).

Discutir sobre si el envoltorio ha de ser el autogobierno corporativo (es decir, de jueces, modelo que se inaugura en la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 como ya he recordado) mezclado o no con elementos de la voluntad popular representada en el parlamento o, por el contrario, un departamento ministerial y convertir esa discusión en centro neurálgico del problema es lisa y llanamente disparar sobre un objetivo equivocado. Marrar el tiro. Debe elegirse la fórmula que se considere mejor o más barata o más cómoda o más acorde con nuestras tradiciones o con el derecho comparado para asegurar el correcto funcionamiento del servicio público de la Justicia pero sin elevar tal fórmula a peana alguna ni adornarla de aréolas ni pirotecnias constitucionales.

Y sin olvidar que lo relevante, lo que en puridad importa es la independencia del juez de Astorga o de Cáceres, del magistrado del Tribunal Supremo o del de la Audiencia Nacional. Y esta se asegura solo y exclusivamente si se respeta el régimen jurídico señalado.

A mí me recuerda esta disputa a la creada en torno a la autonomía de la Universidad que he estudiado en mi libro *El mito de la autonomía universitaria* y en el que concluía que “[en ella] lo importante es preservar el ejercicio –por los individuos concretos– de sus libertades básicas, de investigación, de cátedra, de expresión... Este es el núcleo del asunto, lo que en verdad vale la pena defender y no la pretendida posición institucional autónoma de una organización sostenida básicamente con fondos de los contribuyentes que se ha de limitar a gestionar un servicio público”. No se hizo así y tenemos hoy unas Universidades públicas con un sistema *autónomo* de gobierno que es puro desvarío.

¿Qué haríamos entonces con el pomposo Consejo general del Poder judicial? ¿Se justifica la existencia de un organismo tan costoso? (Cincuenta y cuatro millones de euros para el ejercicio 2016).

A mi juicio, claramente no.

Una solución radical consistiría en suprimirlo si hubiera una reforma constitucional que, en este punto, es muy fácil de llevar a cabo pues se haría con el mismo procedimiento con el que se hizo la del verano de 2011 (recuérdese: acuerdo Gobierno del PSOE y PP) para

introducir la estabilidad presupuestaria. Devolveríamos al ministerio de Justicia lo que el Consejo se llevó con bellas promesas de separación de poderes e independencia judicial como esos novios que conquistan a una joven cándida con artificios engañosos que olvidan en cuanto consiguen sus torpes propósitos.

Esta solución que califico de radical no debe descartarse porque un Consejo de estas características es innecesario al no formar parte de las exigencias del guión de la división de poderes como demuestran las experiencias americana, inglesa, alemana o escandinava. Si nos acercamos a una de ellas, la alemana, obligado es señalar que el peso de los ministros de Justicia (federal y federados) es determinante en la “Administración de Justicia” (que no Poder Judicial) pues son competentes a la hora de los nombramientos o de inspeccionar el funcionamiento de los tribunales y, en parte, a la hora de sancionar a los jueces tras un expediente disciplinario.

Es decir, se puede buscar un sistema confiado a funcionarios que provean los puestos judiciales de acuerdo con baremos objetivos –el tradicional concurso– e inspeccionen y sancionen, sometidos obviamente al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, que tendría la última palabra.

Pero hay otra razón poderosa para sostener el carácter superfluo del Consejo: las últimas reformas que le han afectado han estado destinadas a rebajar su perfil político en beneficio del simplemente administrativo y alojarlo más acusadamente en la órbita del ministerio de Justicia. El Consejo es así cada vez más un departamento ministerial y su presidente un ministro con otro nombre.

Si por escrúpulos no queremos llegar hasta la extirpación ni a otras formas de cirugía invasiva, echemos mano de la cirugía estética.

Podría consistir el quirófano en un sencillo implante: la atribución sin más de sus competencias al presidente del Tribunal Supremo a quien se dotaría de una oficina que se encargaría de la política de personal y de nombramientos (suprimidos los discrecionales, tal como estoy defendiendo) más los servicios de inspección y los disciplinarios.

Analicemos otra opción que podría contemplarse sin cambio constitucional.

A lo largo de varios decenios se ha reformado –lo hemos visto ya– el modo de elegir sus vocales: en tantas ocasiones como cambios políticos han desfilado ante nuestros ojos. En la actualidad sabemos que para figurar entre los doce miembros “judiciales”, cualquier juez puede presentar su candidatura aportando el aval de veinticinco miembros de la carrera judicial o el de una asociación judicial. Cuando se ha comprobado la regularidad de todas estas candidaturas, se envían a los presidentes de las Cámaras para que éstas elijan por mayoría de tres quintos de sus miembros.

Este es el momento en el que se levanta el telón de las intrigas de suerte que puede decirse que en el seno del Consejo –tal como he explicado ya– y, a lo largo de su vida, se han reflejado como en un espejo bien bruñido las imágenes de quienes han dominado la escena española los últimos cuarenta años: PP y PSOE más la ayuda *desinteresada* de CiU y PNV.

Pues bien, lo que propongo es que la selección, una vez comprobada la regularidad de las candidaturas y establecida una comparecencia de los candidatos en sede parlamentaria, se haga mediante sorteo. Se rescataría así un sistema que tiene ilustres precedentes en la historia de la democracia, que fue alabado por Montesquieu en las primeras páginas de su obra inmortal y que es objeto de debate en Europa e incluso de iniciativas parlamentarias porque en Italia circuló por el Senado una destinada a introducirlo para designar precisamente a los miembros del órgano de gobierno de los jueces (similar al nuestro). Y lo mismo ocurrió en Francia.

Análogo sistema se podría emplear en relación con los ocho juristas “de reconocido prestigio”.

El hecho de que la democracia sea hoy solo la representativa y, esta a su vez, la vinculada a los procesos electorales es el resultado de una evolución histórica. De ahí la oportunidad de rescatar, mirando hacia atrás, desde los renglones lejanos de la Antigüedad clásica, un mecanismo tan simple como el sorteo para seleccionar algunos cargos públicos enriqueciendo así la caja de herramientas de la política contemporánea.

Pues bien, el espacio donde este sistema del sorteo puede revelarse muy fecundo y un buen antídoto contra los riesgos del clientelismo partidista y de la corrupción es en organizaciones como esta del Poder judicial en los términos –medidos– apuntados (no sería nuevo: ya se conoce por ejemplo a la hora de seleccionar los miembros del jurado que han de conocer de delitos relevantes).

Porque se convendrá conmigo que, garantizada la idoneidad de todos los candidatos, es indiferente la persona concreta que sea designada. Y el azar le proporciona la ventaja de poder ejercer su función en perfectas condiciones de independencia y por tanto libre de compromiso adquirido –explícito o implícito– con “dedo” alguno. Sustituyendo la elección por el sorteo, hacer cábalas acerca de las decisiones de estos órganos, en función del origen de cada persona que interviene en una votación, se haría prácticamente imposible.

Y otra ventaja relevante: para este empeño no necesitamos más que retocar unos Reglamentos, los de las Cámaras. La Constitución quedaría ajena a este trasiego.

Ya –para ir terminando– digamos con la insistencia de quien repite el Credo del Catecismo: asegurar la independencia judicial exige dotar al juez de un *status* regulado íntegramente por la ley donde no tenga cabida la discrecionalidad y además se halle desterrado el uso de la carrera judicial como trampolín para el salto a la política y el retorno después a lucir puñetas en un alarde de reputado artista circense.

Asimismo, es preciso derogar el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder judicial referido al nombramiento de magistrados para las salas de lo civil y penal de los Tribunales superiores de Justicia que proponen las Asambleas legislativas de las Comunidades autónomas, salas que conocen de los asuntos en que se ven involucrados los que gozan del privilegio del fuero según sus Estatutos (aforados).

Con estas correcciones –simples en términos de alta política– se daría un paso de gigante en la custodia de ese gran valor del Estado de Derecho que es la independencia judicial.

IV

Conozco la gravedad de los males y por ello he querido aventurar fórmulas que podrían ayudar a enmendar tanto yerro. Lo he hecho con humildad, sabedor como soy de que existen otras muchas bien aparejadas que contribuirían al mismo fin, *ad rivum eumdem*, como dirían los clásicos.

En todo caso, sí quiero destacar, en esta hora de cierre, que desde las Cortes de Cádiz hasta acá el intento de construir un Poder judicial independiente y con mayúsculas, en plan pomposo e inflado, es anhelo que la Historia nunca ha recompensado y ello porque es, en términos constitucionales, imposible.

Partiendo de esa realidad se comprenderá lo inane que resulta convertir en polémica encendida –como ocurre en España en tertulias y medios de comunicación– la concreta organización de ese Poder judicial empuñándonos en dotarlo de un sistema de autogobierno (cabalmente, nuestro Consejo general del Poder Judicial) y, a renglón seguido, perder el tiempo discutiendo si el mismo ha de atribuirse a los galgos (las asociaciones de jueces) o a los podencos (los partidos políticos).

Contentémonos con algo más fácil: con tener jueces –personas concretas, de carne y hueso– independientes y para ello lo único que se precisa es asegurarles un *status* regulado íntegramente por la ley, alejado de componendas políticas y asociativas, donde no tenga cabida la discrecionalidad ni se permita el uso de la toga como trampolín para el salto a la política y el retorno después a su uso con solo beneficios, sin riesgo. Y contentémonos asimismo con algo arduo pero accesible: disponer de un servicio público eficaz de administración de la justicia útil para el ciudadano.

Si con esta forma de razonar logro que las opiniones acerca de los jueces y los tribunales se basen en conocimientos más precisos, es decir, si logro expulsar del territorio de la superficialidad estos debates y los gano para ese otro donde habitan los juicios fundadamente expresados, me daré por remunerado.

Porque estoy convencido de que no será posible renovar la Justicia ni ninguna otra institución de nuestra convivencia si no se traban con criterios seguros y bien estribados los discursos de quienes en ellos participamos.

Metámonos de una vez en la cabeza lo siguiente: es urgente pinchar al español, sacarle del pozo de sus tópicos, sumergirlo en aguas revueltas, fustigarle si es preciso para que comprenda la dimensión –siempre honda y complicada– de los problemas que nos rodean.

Título
Preliminar

La Constitución en tiempos de pandemia

Mercedes Fuertes

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de León. mercedes.fuertes@unileon.es

Recibido
5 enero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Estado de alarma;
Excepción;
Alemania; Francia;
Derechos
fundamentales.

KEYWORDS

State of alarm;
Exception;
Germany; France;
Fundamental
rights.

Resumen

Ante la situación desbocada de pandemia el Gobierno de España declaró en marzo de este año 2020 el estado de alarma con medidas tan drásticas que cambiaron el aspecto vital de pueblos y ciudades. Un estudio de cómo se afrontó en otros Estados esta situación y de los recursos que ofrece el orden constitucional español y el uso de los mismos es la esencia de esta reflexión.

The Constitution in times of pandemic

Abstract

Faced with the rampant pandemic situation, the Spanish government declared a state of alarm in march 2020 with measures so drastic that they changed the vital aspect of towns and cities. A study of how this situation was dealt with in other states and of the resources offered by the Spanish constitutional order and their use is the essence of this reflection.

|

Mis primeras palabras han de dirigirse a las organizadoras de estas Jornadas, a las Profesoras Teresa Mata y Esther Seijas. Mi agradecimiento por el impulso de reunirnos a alumnos y profesores para deliberar sobre cuestiones jurídicas y mostrar la necesaria defensa de la Constitución. Y mi felicitación por el éxito conseguido. A pesar de los límites que originan las medidas de seguridad estamos en este Salón de Grados, yo encantada de compartir mesa con mis compañeros, cuyas intervenciones han sido muy interesantes, y con muchos alumnos, además de otros que nos escuchan en otras aulas y en quienes confío que nos trasladen sus inquietudes.

Estas Jornadas resultan oportunas por la fecha de aniversario de la Constitución pero, sobre todo, a mi juicio, resultan imprescindibles ante los ataques que está sufriendo el eje jurídico sobre el que ha de girar nuestra convivencia en España. Vivimos momentos críticos y me parece

necesario que seamos conscientes de los riesgos existentes y que manifestemos nuestra adhesión a las bases de una convivencia pacífica y tolerante al amparo de la Constitución. Un texto que nos ha permitido disfrutar de un sistema de derechos y libertades, de una época de tranquilidad y prosperidad incorporándose España al singular y atractivo proyecto europeo.

Sin embargo, en estos precisos momentos me preocupa la situación actual que vivimos.

Es cierto que los españoles hemos vivido otras terribles experiencias. Hemos sufrido con muchos atentados terroristas, hemos padecido una profunda crisis económica y financiera, hemos presenciado agrias tensiones políticas en algunas regiones, lamentables casos de abuso de poder y de corrupción que han desviado millones de euros de la Hacienda pública, etc... No obstante, la gravedad se ha acentuado de manera notable con la terrible pandemia. Además de los miles de muertos, del incremento de problemas sociales, de las cuantiosas pérdidas económicas ha de señalarse que, desde un punto de vista jurídico, se están utilizando especiales y extraordinarios instrumentos que no son los más adecuados para afrontar esta delicada situación provocando, además, una notable inseguridad jurídica ante la abrumadora publicación de decenas y decenas de disposiciones.

De ahí que advirtamos un paralelismo. Porque del mismo modo que un cuerpo debilitado hace frente con mayor dificultad a una enfermedad, así la Constitución está mostrando su debilidad en estos meses. Las instituciones jurídicas parecen carcomidas ante la falta de mantenimiento y conservación. Durante años se ha tensado su cohesión con diversas actuaciones: las termitas de la corrupción, los abusos de las fuerzas políticas, los agrios debates. Tal falta de concordia está poniendo en riesgo el régimen jurídico que nos ha facilitado en España el periodo más prolongado de una convivencia democrática.

Siento no poder disimular y transmitir con mis comentarios una cierta tristeza por la situación. Y no me refiero a las tragedias personales y sanitarias, tampoco a la gran preocupación por la realidad social y económica. Mi desazón se ha agrandado por la percepción de esa falta de mínima educación democrática de tantos representantes políticos. Unos representantes políticos que son los primeros que deberían dar ejemplo de un comportamiento cívico y entre cuyas funciones está la de explicar a los ciudadanos las distintas perspectivas a las que hay que atender para configurar un interés común.

No oculto mi pesar porque considero que ustedes, como estudiantes de Derecho, deben ser conscientes de la situación y han de saber que tienen que estudiar con rigor para defender el edificio que acoja la convivencia de una sociedad abierta.

Por tanto, empecemos recordando brevemente algunas decisiones, a mi juicio, improcedentes que han agravado la debilidad de la Constitución en estos tiempos de pandemia. En primer lugar, lo que calificué públicamente de inadecuada declaración del primer estado de alarma.

II

Sabemos que en los textos constitucionales es frecuente admitir la hipotética existencia de una situación excepcional que requiera de actuaciones singulares y extraordinarias.

Pues bien, ante la situación desbocada de pandemia el Gobierno de España declaró en marzo de este año 2020 el estado de alarma con medidas tan drásticas que cambiaron el aspecto vital de pueblos y ciudades ya que nos mantuvieron durante días y días enclaustrados en casa. Las playas, los parques y los montes callaban vacíos, se podía decir que estaban también alarmados y lo expresaban con una doliente música de silencio.

Combatir una pandemia tan agresiva, y sobre la que los científicos todavía saben tan poco, exige, lógicamente, la adopción de previsiones específicas y dramáticas. Están en juego la salud, la vida, nos estamos moviendo en estertores de agonías. Pero esa misma conciencia de la gravedad de la situación es la que debería haber iluminado la sensatez en las decisiones y, para un Gobierno constitucional, su acomodación a la Carta Magna. Sabemos que no cabe admitir el uso de técnicas jurídicas para fines espurios ni el abuso de potestades públicas para evitar controles democráticos, es decir para que el gobernante se abastezca libremente en el carcaj de sus caprichos.

Como alumnos de Derecho han estudiado que la Constitución española atiende en sus artículos 55 y 116 a acontecimientos extraordinarios que pueden alterar lo que es la normal convivencia en una sociedad abierta y civilizada. Ahí se perfilan las situaciones de alarma y de excepción con el fin de asegurar el desarrollo de nuestras vidas alteradas y proteger nuestros derechos y libertades. Son dos figuras cuya distinción es capital porque hay que percibir lo singular de cada acontecimiento para proceder eficazmente, siempre respaldado por esa legitimidad sin la cual el poder se trueca en arbitrio.

Los preceptos constitucionales citados fueron desarrollados por una Ley orgánica que tiene fecha de uno de julio de 1981. En ella se lee que las declaraciones del estado de alarma pueden acordarse, por ejemplo, ante “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”. La pandemia que nos sacude podría integrarse, en principio, dentro de una declaración de alarma por parte del Gobierno y así, sin más indagaciones, se han pronunciado algunos juristas respaldando la opción del poder ejecutivo. Sin embargo, las medidas que, a su amparo se pueden decidir, en ningún caso pueden alcanzar la suspensión de derechos como la libre circulación por el territorio nacional, la libre expresión e información o el derecho de reunión y manifestación, entre otros (art. 55 CE).

El Tribunal Constitucional ha tenido también oportunidad de recordarlo: “a diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *contrario sensu*) aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio” (sentencia 83/2016, de 28 de abril).

A mi juicio, los decretos aprobados por el Gobierno se han saltado este valladar constitucional porque lo que en esos textos se califican como “limitaciones” implicaban en puridad una real e inequívoca suspensión de nuestros derechos. Ciertamente es asunto de medición pero recordemos: se establecía que únicamente nos moveríamos solos –nada de reuniones ni manifestaciones–; más aún, habíamos de andar sin compañía alguna por las vías y cualquier espacio de uso público y, además, siempre con un fin muy concreto que había de

estar documentado en la mayoría de los supuestos (adquisición de alimentos básicos, medicamentos, asistencia sanitaria...). Se restringió notablemente la circulación por carreteras y vías férreas, incluso algunas se cerraron y se limitaron de forma agobiante sus servicios. Se encorsetaron tanto nuestros movimientos que no en balde se llama a todo ello “confinamiento en los hogares”.

La desmesura de tales previsiones del Gobierno llevaba a preguntarse con cierta angustia cómo es posible respirar en tan apretado corsé, cómo es posible hablar de simples “limitaciones” cuando estamos en presencia, incluso, de arbitrariedades. Y es que muchos interrogantes se abrían ante las situaciones que conocíamos: ¿por qué puede pasear una vecina a sus perros mientras que otra no puede dejar que su hijo dé dos saltos en el parque? ¿Por qué se impide sin matices entre las personas –su edad, salud, situación...– el imprescindible paseo tan necesario para mantener el buen ritmo del corazón y el movimiento de las articulaciones? ¿Por qué tantas prohibiciones en zonas llamadas “blancas” donde no se conoce ningún contagiado? ¿Cómo es posible que se cierren parques y jardines sin salvedad alguna? ¿No terminaremos con el virus y veremos una expansión de las enfermedades cardiovasculares y de otras de naturaleza psíquica? En medio de tales interrogantes una consideración se fortalecía: echaba mucho de menos la utilización de las técnicas que hoy facilita la informática, así como el análisis de tantos datos y la llamada “inteligencia artificial” con el fin de evitar esos excesos que no admitían matices, de una manera casi inhumana.

En esas semanas ya advertíamos otro riesgo, el que como estudiantes de Derecho les debe también interesar: el riesgo jurídico. En otras palabras, que el Gobierno no debilitara de manera grave el sistema democrático aprovechando la lucha contra la enfermedad y contra la gravísima crisis económica.

Ya mencioné que la Constitución española atiende a las situaciones extraordinarias permitiendo que se adopten medidas singulares. Por ello, junto a la alarma, lo hemos visto, se prevé la posible declaración del estado de excepción. ¿En qué casos? Copio el texto legal: “*cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad... resulten tan gravemente alterados ...*” (art. 13 de la Ley orgánica citada). Y ¿no ha sido el cuidado del sistema sanitario para que no se colapse y termine por derrumbarse, a pesar del titánico esfuerzo de tantas personas como en él trabajan, una de las causas principales de esta reclusión domiciliaria?

Preciso es hablar claro: la declaración de ese “estado de alarma” dejó en suspenso el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas tenidos por indispensables para calificar a una sociedad democrática. Por ello, y sin perjuicio de las matizaciones que haré con posterioridad, ante la elevada preocupación de la pandemia hubiera sido más adecuado en la lógica precipitada del Gobierno declarar el estado de excepción. Así lo han apuntaron también otros destacados juristas (Manuel Aragón, Francisco Javier Álvarez García *et alii*).

Es más, el Gobierno, sin modificar su criterio de seguir utilizando la figura de la alarma, sin considerar otras alternativas posibles, fue solicitando prórrogas y prórrogas. ¿No se advertía que el encadenamiento de los estados de alarma suponía ya la excepción misma? Resultaba legítimo preguntarse si cabía una excepción mayor de nuestro sistema de libertades que vivir

una alarma cuyo fin se diluye en el horizonte. ¿Cómo no se insistía en que se estaba desvirtuado o desnaturalizado por completo el estado de alarma tal como lo concibió el legislador?

Y de ahí que surgiera otra pregunta más punzante: ¿por qué el Presidente del Gobierno no había seguido esta vía constitucional? La respuesta, en mi modesto entender, era la siguiente: porque hubiera tenido que someter sus medidas a un debate previo en el Congreso de los Diputados. Esto es, tenía que haber dado el necesario protagonismo al Parlamento, cosa que, permítaseme la licencia, parece que no gusta al actual inquilino de la Moncloa.

Adviértase la diferencia. Frente a la declaración de alarma donde el Gobierno diseña sus medidas de las que “da cuenta” al Congreso de los Diputados, en la declaración del estado de excepción, el Gobierno tendría que haber presentado su propuesta ante la Cámara de manera previa y, sobre todo, hubiera tenido que discutir y, en su caso, admitir los matices, modificaciones y otras precisiones que se aprobaran en esa sede planteadas por los grupos políticos. Como se ve, estamos tratando aspectos que integran la esencia, el pálpito de una sociedad democrática, la protección de los derechos y libertades fundamentales y el papel de la representación de los ciudadanos. Sólo un debate sin trampas en la Cámara habilita con limpieza una ablación tan grave del desarrollo de nuestras libertades.

Justo lo contrario es lo que vivimos: el descaro con el que se ha suspendido durante una larga temporada la actividad parlamentaria, lo que contraría la propia Ley orgánica de los estados de excepción que, recordemos, establece que “la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado” (art. 1.4). Y lo mismo ha ocurrido con el derecho de información de los periodistas.

Cuando tantos profesionales, funcionarios, profesores, estudiantes... tratamos de mantener la actividad gracias a la conexión a Internet, vemos cómo se han cercenado los derechos de los diputados limitando arbitrariamente la actividad en el Congreso; los miembros del Gobierno han incumplido las normas de cuarentena que ellos imponen a los demás; se han censurado preguntas de periodistas y se está dando una información sesgada en medios públicos ... ¿Aprenderemos, al menos, como lección que la presidencia de las Cortes debe recaer en quien lealmente sepa ejercer sus funciones constitucionales de manera objetiva y neutral, sin groseros alardes sectarios?

Y me sigo preguntando: ¿hasta cuándo se confundirá la mascarilla sanitaria de protección con un bozal que nos impida defender la libertad o con un dogal que estrangule las bases del sistema democrático?

Tales interrogantes han subsistido durante estos meses porque, insisto, desde un punto de vista jurídico que es el que a nosotros nos interesa, no se ha aprovechado este tiempo, no se han atendido las opiniones e informes de especialistas con el fin de analizar posibles medidas, más acordes con nuestro sistema jurídico, en concreto, todas aquellas que admite la legislación sanitaria y que eran las que estaban utilizando los países de nuestro entorno.

En este sentido, junto a la información que pueden localizar en las páginas de los Gobiernos europeos, saben que pueden acceder a ilustrativos resúmenes de las decisiones adoptadas en los Estados miembros de la Unión Europea a través de las publicaciones que difunde a través de Internet el servicio de estudios del Parlamento Europeo, servicio de información que, como me han escuchado mis alumnos en muchas ocasiones, pueden suscribirse y advertir la ingente actividad de las instituciones europeas.

Como tienen fácil acceso a esa información, recuerdo en breves minutos únicamente las actuaciones que han impulsado los Gobiernos de Francia y Alemania.

En Francia no se acudió a la declaración del estado de excepción en los términos que prevé su Constitución, por el contrario, se aprobó una Ley de urgencia sanitaria con el fin de precisar aquellas medidas que se consideraban adecuadas. Una Ley en la que se reconocían las facultades del Gobierno para declarar tales situaciones atendiendo a previos informes científicos. Personalidades con reconocido prestigio y alta cualificación integraron específicos comités para examinar la situación. Las medidas habrían de ser las “estrictamente proporcionales a los riesgos para la salud”, así como estar delimitadas en concretos ámbitos territoriales y con clara fijación de su duración... y, como es lógico, se ha regulado en dicha Ley la celebración de sesiones en la Asamblea Nacional y el Senado para facilitar por parte del Gobierno información, sin perjuicio de que puedan pedirse específicas comparecencias para completar otros datos. Vemos, en consecuencia, cómo se mantienen esos controles parlamentarios más necesarios cuando la situación tan preocupante y se afecta a los hábitos normales.

Resulta del mismo modo ilustrativo conocer cómo se ha actuado y se sigue actuando en Alemania al ser uno de los Estados federales con mayor tradición y contar con una doctrina jurídica a la que miramos con frecuencia.

La Ley fundamental alemana incluyó en 1968 la regulación de lo que equivale a nuestra legislación de excepción. Sin embargo, durante estos meses nadie ha invocado tal precepto como instrumento para luchar contra la pandemia. Las medidas adoptadas encontraban adecuado acomodo en una Ley, cuyo rótulo podríamos traducir como “ley de protección contra las infecciones”.

Su texto ha sido objeto de algunas modificaciones en los últimos meses con el fin de perfilar mejor unas decisiones eficaces. Conocemos de esa actitud alemana de mejorar su legislación. Permítanme que recuerde el ejemplo de su compleja normativa electoral. Es frecuente que, si se advierten quiebras del principio de proporcionalidad entre los resultados de las elecciones para representantes del Bundestag que generan cierta desigualdad en los votos, se promueva una reforma legislativa.

Pues bien, Alemania como Estado federal tiene sus competencias sanitarias repartidas entre el Bund (el Estado, la Federación) y los Länder (las Regiones, nuestras Comunidades Autónomas). Unas competencias compartidas que, como ha explicado el Prof. Sosa Wagner en muchos de sus libros y artículos, están enmarcadas en unos límites para garantizar la igualdad de las condiciones de vida de los alemanes en todo el territorio federal, así como para evitar que se quiebre la unidad jurídica o económica. Por ello, si la Federación incide en esa competencia y legisla, ello desplaza la competencia de los Länder. La normativa federal se impone sobre la legislación de los Länder.

Esas son las consecuencias de tener un Estado federal. Un Estado que vela por el interés común y en el que las partes han de crear.

Es triste que en España, cuando se habla de Estado federal, se aluda a esta importante consecuencia que suavizaría las tensiones territoriales que padecemos.

Pero retomemos el discurso de resumir la actuación de lucha contra la pandemia en Alemania. Les resumía que se invocó la Ley de lucha contra las infecciones que se modificó con el fin de que el Parlamento pudiera declarar una epidemia “de importancia nacional”. Ello permitió al Ministro de Sanidad dictar reglamentos jurídicos precisando medidas concretas. También los responsables de los gobiernos regionales, de los Länder, actuaban en coordinación con la Federación y, sobre todo, siempre tras los informes facilitados por los científicos. El Instituto Robert Koch centralizó los análisis, estudios e informes de tales científicos.

Insisto, de nuevo, la normativa sanitaria, no la legislación de excepción.

Frente a tales ejemplos en España el Gobierno volvió a conmocionarnos con otra declaración de alarma. Habían pasado varios meses desde la primera y no se habían atendido a las voces de algunos juristas reclamando el uso de la legislación sanitaria. De ahí que el reproche subsista ante la imprevisión, la imprecisión y también por la intención de prolongar tal declaración de alarma durante meses y sin especial control parlamentario.

Insisto, han pasado varios meses desde la primera declaración y ni el Gobierno ni a través de los grupos políticos aliados suyos en el Congreso se ha presentado iniciativa alguna para aprobar un marco legislativo más adecuado.

No se debe invocar la “alarma”, un sintagma que está ligado al sobresalto o al susto porque, recordemos, se nos ha estado insistiendo en que en otoño volvería una segunda ola.

Los estados excepcionales han de reservarse para situaciones inopinadas e imprevisibles: no es posible estar en continua alarma y excepción de la misma manera que no puede estar un despertador continuamente despertándonos. Padece la seriedad y se aboca a la trivialización de los conceptos. Un terremoto nos puede hacer temblar una vez, pero a partir de ese destrozo, se trata de fortalecer las construcciones; del mismo modo que una riada puede acabar con las cosechas, pero la siguiente encontrará un muro de contención así como compuertas para derivar los cauces.

Anegados por una primera ola, resultaba obligado evaluar lo hecho tal como de manera insistente asociaciones científicas han reclamado (sin que nadie les haya hecho caso). Desde el punto de vista jurídico, como han explicado muchos autores (con posterioridad me detendré brevemente en ello) es la legislación sectorial la llamada a acoger las respuestas, tal como se hace en la legislación local ante catástrofes o en la de seguridad ciudadana ante las alteraciones del orden público. Es en la legislación sanitaria donde deben precisarse las facultades extraordinarias, las actuaciones singulares, los instrumentos apropiados, atribuyéndolos a las autoridades sanitarias, como hemos visto han hecho los franceses y alemanes, además de en otros Estados miembros de la Unión Europea.

Por el contrario, durante estas semanas hemos presenciado sesiones en las Cortes, en las dos Cámaras, donde se nos ha ofrecido algún espectáculo bochornoso. Y hasta este momento, primeros días de diciembre, se han aprobado seis leyes sin que ninguna se ocupe del mayor problema de nuestra sociedad.

Pero, es más, el Congreso ha desaprovechado la ocasión, al hilo de la convalidación de un Decreto Ley que incorporaba estrategias de coordinación sanitaria, de tramitarlo como una

ley que incluyera previsiones –con carácter orgánico– para concretar facultades y medidas claras, graduadas y pertinentes. Algo inconcebible.

Y se sigue desaprovechando el tiempo: porque hace más de dos meses se publicó una proposición para definir un marco de actuación en la legislación sanitaria y no hay avances significativos.

De ahí que pueda calificarse como chapuza tal actuación gubernamental. Es más, el nuevo Decreto que declara la alarma acumula otras incorrecciones que aumentan la inseguridad jurídica: los tiempos son imprecisos, se introduce el toque de queda y se reducen los controles judiciales. Fíjense: el texto afirma que “resultará imprescindible prorrogar esta norma por un periodo estimado de seis meses” y, además, sin el imprescindible control por el Congreso de los Diputados. Por si esto no nos llevara a la sorpresa, se faculta a las autoridades autonómicas para que puedan “modular, flexibilizar y suspender” las medidas, incluido el propio toque de queda. El derecho como un chicle que se estira y encoge a discreción. Y todo ello cuando escuchamos a diario la cantinela de que el objetivo es dotar a la lucha contra el virus de plena seguridad jurídica y solvencia constitucional.

En fin, lo que alarma en el decreto de alarma es la imprevisión, la inconcreción y, por ende, la incorrección constitucional. Pregúntese el lector si soportaría que, en un concierto, estuviera sonando la alarma durante toda la interpretación, el director (el Gobierno) desatendiera de vez en cuando su batuta y cada instrumentista (las CCAA), sin partitura, intentara seguir una melodía de oídas. Espeluznante.

Por consiguiente, lo adecuado hubiera sido acudir a la legislación sanitaria, en concreto a las leyes de 1986. Me refiero a la Ley orgánica de medidas especiales de salud pública y a la Ley general de sanidad de 14 y 25 de abril de 1986, respectivamente. Y, en caso de advertir la necesidad de algún título legitimador para adoptar alguna otra medida concreta, resultaba posible impulsar su urgente modificación.

Esa es la legislación adecuada, la específica de sanidad. Porque la legislación de los estados de alarma y excepción tiene como finalidad atender a situaciones de grave alteración de orden público.

Tal distinción entre el cuidado del orden público y la atención a la gestión sanitaria tiene una larga tradición legislativa como recientemente ha vuelto a explicarnos el Profesor Santiago Muñoz Machado en su artículo “El poder y la peste de 2020” en el último número de la revista “El Cronista”. Les recomiendo vivamente su lectura del mismo modo que les insisto en la lectura de los clásicos y de los maestros que nos han explicado las instituciones jurídicas. Son necesarias tales lecturas para asentar una sólida formación.

Pues bien, el Profesor Muñoz Machado que, como saben es ahora el Director de la Real Academia de la Lengua Española, recuerda en ese trabajo la evolución de la legislación sanitaria en España que se impuso, entre otras causas, como consecuencia de sucesivas epidemias (tifus, fiebre amarilla...). De manera especial, menciona la gran influencia de un denso proyecto de Código sanitario fechado en 1822 y cómo la legislación vigente de 1986 ampara aquellas actuaciones que resulten necesarias para garantizar la salud. En concreto, les leo el artículo 26 de la Ley general de sanidad: “*En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán*

las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas". Y la Ley orgánica de medidas especiales en materia de salud pública establece igualmente la facultad de adoptar aquellas medidas que resulten oportunas y que se consideren necesarias para evitar el riesgo de contagio.

Frente a esta legislación sanitaria, la específica para atender a los problemas de una pandemia, la Ley de los estados de alarma y excepción se dirige a controlar los altercados y a mantener el orden público.

Son dos cuerpos legislativos distintos, que tienen diferente finalidad y, por ello, diversa lógica de utilización. De ahí que insista en que un gobernante debe utilizar los instrumentos adecuados y no combatir una pandemia con una legislación prevista para un caso excepcional de orden público.

Pero avancemos, aunque sea brevemente, en otras consideraciones que muestran la debilidad de nuestro sistema constitucional.

III

Tras las declaraciones de los estados de alarma nos está cayendo encima un alud de normas, una auténtica avalancha normativa difícil de digerir cada mañana, centenares de páginas en los boletines oficiales. Muchas disposiciones, además, cuentan con rango de Ley porque se han aprobado decenas de Decretos-Leyes. En este preciso momento llevamos ya ¡34! y todavía no ha terminado el mes y se anuncian nuevas disposiciones.

Tal abuso del decreto-ley, lamentablemente, no es nuevo. Muchos Gobiernos a lo largo de estas décadas se han excedido con el uso de los Decretos-Leyes. Recuerdo sólo algunos números de los últimos años: en 2017 se aprobaron 21 Decretos-Leyes frente a 13 Leyes; en 2018, 28 frente a 16 Leyes; en 2019 se han publicado 17 decretos leyes frente a sólo 8 leyes. Números a los que hay que añadir los cuantiosos Decretos-leyes autonómicos.

Estas normas ocupan cada vez más páginas y páginas en los boletines oficiales. Pero más grave que su extensión es la práctica de los Gobiernos para aprovechar este instrumento excepcional e incorporar otras cuestiones, como de contrabando, precisiones y regulaciones que poco o nada tiene que ver la situación de necesidad y urgencia que ampara su propuesta. Y ello porque se juega con la ventaja de que el Congreso de los Diputados solo puede realizar una votación sobre el conjunto. No pueden matizar su opinión en unos u otros preceptos con relación al texto presentado. Sólo, como han estudiado, tras convalidarse puede también aprobarse que se tramite una Ley siguiendo el procedimiento conocido y ya con la posibilidad de enmiendas. Pero la votación del Decreto-Ley afecta a la integridad de su texto. O se convalida en su totalidad o se rechaza. Esto ha conducido a que hayamos tenido que anotar muchos cambios normativos no exigidos por la situación de urgencia. Entre otros, cito un ejemplo: la modificación de la Ley que regula el Centro Nacional de Inteligencia ampliando la composición de la Comisión delegada del Gobierno para dar entrada a los vicepresidentes y al jefe del gabinete de la presidencia del Gobierno.

La perplejidad en estos tiempos de tribulación no deja de incrementarse. He aludido ya a cómo los diputados han renunciado a controlar durante seis meses las notables facultades que se ha autoatribuido el Gobierno en la última declaración del estado de alarma. También estamos presenciando la agitación para tratar de aprobar el proyecto de presupuestos generales del Estado, cuya coherencia y solvencia ha sido criticada por el Banco de España o la Autoridad de responsabilidad fiscal, y los medios de comunicaciones nos trasladan noticias de negociaciones que nos generan la impresión de presenciar una subasta, mendigando los votos necesarios. ¿Otro ejemplo? La extraña y trepidante tramitación del proyecto de modificación de la Ley de educación. Llegó al Congreso de los Diputados sin pasar por el Consejo de Estado y sin contar con las deliberaciones, debates e informes de otros consejos, como siempre había ocurrido con las normas precedentes. A ese proyecto se presentaron miles de enmiendas (unas cuatro mil) y, como han denunciado algunos diputados, durante su tramitación se convocaron reuniones simultáneas de distintas comisiones parlamentarias a las que no podían asistir quienes carecen del don de la ubicuidad impidiendo los debates parlamentarios. Las votaciones se prolongaron hasta altas horas de la noche. También se dio noticia de las negociaciones entre grupos políticos para conseguir las necesarias adhesiones en las votaciones que más parecían un cambio de cromos. En fin, una tramitación legislativa nada ejemplar.

Tales prácticas están desfigurando los buenos usos parlamentarios y, lo que es también preocupante, despiezando el patrimonio común que debería asentarse en la igualdad de oportunidades de los españoles, en la unidad jurídica de los asuntos capitales que a todos nos afectan, en la búsqueda con tolerancia del interés común. Así ha ocurrido con la previsión de excluir la necesaria enseñanza del español en las escuelas.

Es cierto que Gobiernos anteriores no cuidaron mínimamente la lengua común. Es larga la historia de situaciones conflictivas: lo ponen de manifiesto muchas sentencias del Tribunal Constitucional que han tenido que insistir en el deber de su conocimiento como establece el artículo 3 de la Constitución española (entre otras las número 84/86, de 26 de junio o 88/2017, de 4 de julio); también los Tribunales Superiores de Justicia han exigido un número mínimo de clases y de horas en español, resoluciones que siguen sin ejecutarse en sus debidos términos; a la vez que presenciamos valientes actuaciones de asociaciones y colectivos que pretenden que impere la tolerancia en la riqueza lingüística, que se garantice un básico principio de libertad de uso; en fin, con las investigaciones que están siguiendo las instituciones europeas ante las denuncias presentadas...

Por consiguiente, las cizañas se sembraron hace años y de esas cizañas son responsables muchos representantes políticos. Se enfoca mucho a Cataluña pero también hay que mirar que ha ocurrido en otras Comunidades autónomas como Baleares o Galicia.

Lo nuevo es que el anunciado abandono de la lengua común lo haga un Gobierno que se presenta como social-comunista, esto es, que rechaza unos idearios que podrían calificarse como tradicionalistas y conservadores y, sin embargo... sin embargo, expulsar al español de las aulas resulta una medida muy reaccionaria.

No apunto a las consecuencias de reducir la riqueza económica que tiene la expansión del idioma, ahora que estamos tan faltos de recursos. Aludo a otro aspecto más relevante: ¿cómo es posible que se quiera encerrar a los pequeños en un valladar estrecho de miras y de

intolerancia? ¿Por qué anular el “ascensor social” que supone la correcta educación y formación que ha sido una de las enseñanzas características del pensamiento político de la izquierda moderada? Esas serían las consecuencias de excluir la enseñanza de un idioma que hablan en la actualidad alrededor de 580 millones de personas en el mundo y en el que hay millones de páginas de exquisita literatura.

Enclaustrar a los estudiantes en un mundo donde predomine sólo la riqueza del entorno doméstico y local implica podar la apertura del conocimiento.

¿Qué hacer? He de confesar que muchos amigos desalentados me recuerdan el escenario que nos narra Quevedo, en *la Hora de todos*, cuando surge inopinadamente un fuego y los arbitristas, en lugar de apagarlo, agarran “*cuanto había en palacio, y, arrojando por las ventanas los camarines y la recámara, hicieron pedazos cuantas cosas tenía de precio... Otros, deshicieron gran parte de los tejados, arruinando los techos y asolándolo todo...*” Así parece ahora la política española.

No obstante, frente a esa desesperanza hay que recordar que las lenguas tienen unas propiedades singulares. La lengua pertenece a sus hablantes. Somos los ciudadanos quienes defendemos con nuestra expresión, con nuestras lecturas, con el disfrute de tantas expresiones artísticas como el gran teatro español actual que se hace y se representa.

Las Administraciones públicas también podrían sumarse a esta defensa. Lo mismo que las empresas ¿Cómo? Incorporando en las pruebas de acceso un examen o entrevista que acreditara su buen uso.

Sabemos que en varias Comunidades Autónomas se exige una prueba de idioma, pero sólo relativa a la lengua cooficial. En el resto de España y, a pesar de lo que dispone el artículo 9 del Reglamento de acceso a la función pública, son muy escasas las oposiciones y concursos que incorporan una prueba lingüística. Se trataría de incorporar esa prueba, una prueba no eliminatoria y que sirviera para elevar la puntuación de aquellas personas que saben expresarse de manera adecuada.

En fin, este es el panorama que vivimos y con el que se debilita nuestra Constitución. Porque el cuidado del texto necesita de una ciudadanía educada, formada, crítica. Y con una mala educación el cuerpo social enferma.

Del mismo modo que enferma con la supresión de otros instrumentos que ayudan al desarrollo personal y profesional. Tal es el caso de las oposiciones libres, competitivas, así como una carrera profesional ordenada, basada en la capacidad y el mérito. Asistimos a una degradación de la Administración pública porque se priva a los buenos funcionarios de su legítimo ascenso mediante concursos públicos. Los nombramientos realizados por libre designación se han incrementado en todas las Administraciones públicas y, lo que resulta más grave, benefician a personas que no cuentan con la cualificación suficiente, que no tienen mayor formación ni experiencia en la responsabilidad que asumen.

Hay que denunciar tales excesos porque perjudican de manera notable la gestión de los asuntos públicos. Resulta innecesario recordar que esa gestión es cada más más compleja y delicada. Son muchos los intereses que hay que atender, mucha legislación que hay que

conocer, muchos los criterios jurisprudenciales que precisan y matizan... De ahí nuestras recomendaciones de que adquieran ustedes una buena formación jurídica.

Esa directa designación se advierte en otros nombramientos más delicados, aquellos para dirigir la gestión de organizaciones especiales cuya misión es regular y supervisar un sector económico concreto: la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia...

Hace años que el Prof. Sosa Wagner y yo venimos defendiendo como procedimiento para seleccionar destacados nombramientos el clásico sistema del sorteo. Clásico porque ya en la Grecia antigua se utilizaba. Cuando cualquier turista visita en Atenas el museo del Ágora se encuentra con un curioso artilugio que lleva el nombre de *kleroterion*, una máquina que servía para elegir a sorteo a determinados cargos públicos.

A nuestro juicio, el espacio donde este sistema del sorteo puede revelarse muy fecundo y un buen antídoto contra los riesgos del clientelismo partidista y de la corrupción es el de las organizaciones especializadas que existen en el Estado (también en algunas Comunidades autónomas). Pensemos en las que he citado hace un momento (la Comisión Nacional del Mercado de valores, en la Comisión de Mercados y Competencia) pero también otras como la Junta de Seguridad nuclear o Radio Televisión Española, la Agencia de Protección de datos... También órganos constitucionales básicos como son el Defensor del Pueblo, Tribunal Constitucional, el de Cuentas o la nueva Autoridad de responsabilidad fiscal y el Consejo general del poder judicial.

El procedimiento sería sencillo. Se iniciaría con una convocatoria pública a la que acudirían, sin las sombras que proyectan partidos u organizaciones sindicales, los profesionales que libremente lo desearan y reunieran los requisitos pertinentes. A partir de ahí, tras comprobar de forma rigurosa y con transparencia, trayectorias y méritos alegados, se confeccionaría la lista definitiva de los candidatos, que serviría para realizar el sorteo.

Con carácter previo, y especialmente para los órganos constitucionales, se podría establecer la exigencia de una comparecencia parlamentaria. Una comparecencia similar a la que se realiza en el Parlamento europeo antes de la designación de los Comisarios.

Adviértase que estos trámites, los de la convocatoria pública y la comparecencia, ya existen para la designación de muchos responsables de las instituciones europeas y, en tal sentido, procede citar los ejemplos de las autoridades europeas de supervisión financiera o de la Oficina de lucha contra el fraude (OLAF).

Y es que resulta necesario combatir el clientelismo político por los graves daños que genera en la gestión de lo público.

Esa misma dependencia de quienes deben su nombramiento a la libre designación de un superior se advierte con mayor realce en los representantes públicos, en los diputados y senadores que deben su colocación en las listas electorales a determinados cargos del partido. Y, de ahí, su falta de crítica política, su adhesión silenciosa a cualquier propuesta que se presente.

Echo en falta en nuestras Cámaras legislativas más deliberación y debate. No me refiero a una contraposición entre los representantes de distintos grupos políticos, me refiero a los diputados y senadores del mismo grupo. Entre ellos no se advierten matices, ni perspectivas y, en principio, provienen de distintas partes de España y han podido tener diversas profesiones o conocer distintos intereses si han hablado con los votantes durante la campaña electoral pues son distintas las peticiones del campo, del mar, de pequeños empresarios y de tantos ciudadanos con diferentes inquietudes en la protección ambiental, del patrimonio histórico, de competiciones deportivas...

Los debates y cambios de opinión son frecuentes en otras Asambleas legislativas de Estados europeos. Lo mismo en el Parlamento europeo que recuerdo como modelo de funcionamiento democrático y transparente: los diputados europeos tienen una fluida participación en los debates y comisiones como puede comprobarse por el alto grado de información que ofrece. Ha de saberse que los grupos políticos en absoluto se distribuyen según nacionalidades. El Parlamento Europeo representa a millones de ciudadanos y no a los intereses territoriales de los Estados miembros que se encauzan a través del Consejo de Ministros. Por ello, tales grupos surgen por razones ideológicas y así en la actualidad nos encontramos con: el popular europeo, la alianza progresista de socialistas y demócratas, los conservadores y reformistas, la alianza de los liberales y demócratas, la izquierda unitaria, los verdes, la Europa de la libertad y democracia directa... Grandes grupos que integran en su seno a multitud de partidos políticos de distintos países –decenas y decenas– y que constituyen el instrumento indispensable para facilitar el trabajo del diputado, ir entrelazando y aunando las distintas perspectivas con sus reuniones y debates internos, además de contribuir a un funcionamiento eficaz de la cámara a través de las distintas comisiones. Sin duda, un paradigma al que mirar.

Toda esa diversidad, sin embargo, no encuentra reflejo en las Cámaras españolas. Los diputados y senadores están en su grupo silenciosos pues sólo se oye la decisión que adopta en cada momento la dirección del partido político. Pésima labor están haciendo estos representantes políticos a la estructura de las asambleas representativas. Si siguen mudos, creo que no deben extrañarse de que haya movimientos populistas que pidan su supresión, que sean sustituidos y representados sólo por un portavoz que cuente con el número de votos que correspondería al partido. Ahorro de diputados y senadores, ahorro de gasto público.

La democracia representativa hay que defenderla porque conviene, entre otras muchas consideraciones, defender que sea mediante la deliberación y debate entre los representantes y no en la algarabía desordenada de todos los ciudadanos donde se trencen los intereses en juego y se aúne un interés común.

He de reconocer que en estos momentos me preocupa más otra actitud de algunos diputados y senadores. Me refiero a su falta de lealtad institucional. Lo hemos visto en la sesión constitutiva de las Cortes Generales. Un gran porcentaje no siguió la necesaria formalidad de respeto a la Constitución. Abusando de la libertad de expresión e ignorando que todo derecho tiene sus límites, se emplearon cláusulas que poco tenían que ver con el acatamiento del Orden constitucional. ¿Qué habiéramos dicho si algún diputado o senador hubiera negado los derechos de las mujeres? ¿Y si se hubieran invocado las Leyes Fundamentales de la dictadura franquista? ¿No nos habiéramos indignado si algún senador quisiera restablecer la pena de muerte? Y así podría continuar con otros monstruosos ejemplos, impropios de una

sociedad madura, pero la Presidente de la Cámara se aquietó ante el espectáculo que escuchamos en el que se recordaba a ¿exiliados?, se mencionaba la república de los pueblos...

El Tribunal Constitucional tiene sobre su mesa la resolución de recursos que se han presentado frente a tales excentricidades. Hemos de esperar su pronunciamiento. Por el momento recuerdo el criterio que resaltó en su sentencia de 21 de junio de 1990: “para tener por cumplido el requisito no bastaría sólo con emplear la fórmula ritual sino emplearla, además, sin acompañarla de cláusulas o expresiones que de una u otra forma, vacíen, limiten o condicionen su sentido propio, sea cual fuese la justificación invocada para ello”.

Esta es una cuestión grave porque pone de manifiesto la falta de lealtad y de mínima integración de parte de la sociedad que debería convivir en España. Una mínima creencia en unos postulados comunes: en el respeto y en la tolerancia, en los valores constitucionales de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político, en la existencia de derechos, pero también de deberes ciudadanos, como contribuir al interés común, a los gastos públicos, en el cuidado del entorno y del patrimonio... o, en la fórmula que nos repitió en este mismo Salón de Grados hace muchos años el Prof. Ramón Martín Mateo, doctor honoris causa por esta Universidad, “haz lo que puedas por el prójimo pero, al menos, no le molestes”.

Temo que en la escena política española se incrementen aquellos rasgos que señaló hace décadas Juan Linz en su obra “la quiebra de las democracias” y que constituyen unas acertadas llamadas de atención que deberían corregirse cuanto antes para evitar la degradación de la convivencia y el avance hacia una sociedad sujeta al totalitarismo. ¿Recordamos tales notas? El rechazo de las reglas de juego democráticas, negar legitimidad a los oponentes, tolerar la violencia, la voluntad de restringir las libertades civiles de quienes piensan distinto, incluidos los medios de comunicación. También hace un par de años los profesores Levitsky y Ziblatt, publicaron “Cómo mueren las democracias” insistiendo en que en estos tiempos resulta innecesario la actuación de un clásico golpe de Estado para acabar con un régimen que respeta los derechos y las libertades públicas. De manera más o menos imperceptible se puede descender en la degradación del respeto democrático, en la permisividad del abuso de poder y la sociedad va quedando inerme ante tales prácticas. Por tanto, estudien con rigor porque se necesitan juristas bien formados para defender la civilización que hemos conocido. Una civilización que ha facilitado una mejora en las condiciones de vida de los ciudadanos y un desenvolvimiento de derechos y libertades públicas.

En fin, termino ya, porque tengo interés en escucharles, en conocer sus inquietudes, curiosidades y preguntas. Y ya que estamos viviendo una pandemia y anhelamos la llegada de una vacuna eficaz, les insisto: el estudio, la formación y el sentido crítico constituyen los ingredientes de la vacuna para defender la Constitución.

Título I
De los derechos y
deberes fundamentales

La plasmación constitucional de los derechos humanos: un punto de encuentro en defensa de la Constitución

Miguel Ángel Alegre Martínez

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de León. maalem@unileon.es

Recibido
30 enero 2021

Aceptado
23 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Declaración Universal de Derechos Humanos; Constitución española; Derechos humanos fundamentales; Valor normativo de la Constitución; Valores constitucionales; Digna calidad de vida.

KEYWORDS

Universal Declaration of Human Rights; Spanish Constitution; Human Rights; Fundamental Rights; Normative Value of the Constitution; Constitutional Values; Worthy Quality of Life.

Resumen

El artículo 10.2 de la Constitución española de 1978, además de ser el punto de encuentro entre los niveles internacional e interno del reconocimiento de los derechos, sirve en este artículo como punto de partida para repasar algunas cuestiones básicas sobre lo que la Constitución aporta como norma básica del ordenamiento (articulación y cohesión del mismo, racionalización y limitación del poder, fuente de validez de las demás normas), y lo que exige como instrumento destinado a organizar la comunidad política en torno a determinados valores (libertad, igualdad, democracia, transparencia, certeza, respeto a la dignidad y a los derechos, etc.). A propósito de todo ello, se mencionan algunos retos actuales a los que se enfrentan los poderes constituidos para favorecer el desarrollo de la persona de modo conforme a la dignidad que la Constitución reclama.

Constitutional rendering of human rights: A meeting point in defense of the Constitution

Abstract

Article 10.2 of the 1978 Spanish Constitution, besides being the meeting point between the international and internal levels of the recognition of rights, serves in this contribution as a starting point to review some basic questions about what provides the Constitution as basic norm of the juridical system, (its articulation and cohesion, rationalization and limitation of power, source of validity of the other norms) and what it requires as an instrument for organizing the political community around certain values (freedom, equality, democracy, transparency, certainty, respect for dignity and rights, etc.). Also are mentioned, regarding all this, some current challenges faced by constituted powers, in order to favor the development of person in accordance with the dignity that the Constitution demands.

Introducción – I. Remisión constitucional a la Declaración Universal de los Derechos Humanos – II. La Constitución, norma jurídica y referente axiológico – III. La impronta constitucional, esencia del Ordenamiento Jurídico – IV. Epílogo: apuntes sobre Constitución y poderes constituidos – Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El aniversario de la ratificación popular en referéndum de la Constitución española de 1978 (6 de diciembre) deja paso cada año al *Día de los derechos humanos* que se celebra el 10 de diciembre recordando que, en tal día de 1948, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Resolución 217 A, proclamando así la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Se trata de un documento que ha hecho historia, por incluir esos derechos inalienables que corresponden a todo ser humano sin distinción alguna. En su redacción participaron representantes de distintos contextos y tradiciones jurídicas y culturales, posibilitando así la incorporación de valores universales e ideales comunes para todos los pueblos y naciones. El compromiso de los Estados con este documento y sus principios nos da la medida de la mayor o menor protección de la dignidad humana en el mundo. Aunque su pleno cumplimiento dista de ser una realidad, el solo hecho de su prolongada vigencia (ha cumplido setenta y dos años en 2020) es prueba inequívoca de la universalidad e intemporalidad de sus valores en torno a la equidad, la justicia y la dignidad. De hecho, es uno de los textos más traducidos, disponible en más de quinientos idiomas. En su contenido está la base para la creación de sistemas cada vez más amplios y pretendidamente eficaces de protección de los derechos. También, la respuesta a tantas situaciones de vulnerabilidad (menores, personas con discapacidad, pueblos indígenas, migrantes, etc.) que, sin ser nuevas, se presentan en la actualidad como retos especialmente apremiantes.

La proximidad temporal de ambos aniversarios orienta nuestra atención hacia el artículo 10.2 de la Carta Magna. Este precepto no solo sirve de nexo o *punto de encuentro* entre los niveles internacional e interno de reconocimiento de los derechos, sino que puede ejercer como adecuado *punto de partida* de algunas consideraciones en torno a la Constitución como norma básica del ordenamiento, y a su eficacia como instrumento encaminado a organizar la comunidad política y a integrarla en torno a determinados valores que la comunidad política asume como propios. Poner de relieve lo que la Norma Básica aporta, y también lo que exige, para que el ordenamiento jurídico en su conjunto sea un instrumento eficaz de organización social, y a la vez favorezca el desenvolvimiento de la persona conforme a su dignidad, será en las páginas siguientes nuestro sencillo aporte a la *defensa de la Constitución*.

I. REMISIÓN CONSTITUCIONAL A LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 se encuentra expresamente reconocida en el artículo 10.2 de la Constitución española: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

Esta referencia significa, en palabras del Tribunal Constitucional (STC 78/1982 de 20 de diciembre, FJ 4) que “La Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas”, de manera que “no solo las normas contenidas en la Constitución, sino todas las del Ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la norma fundamental” quedan vinculadas a este específico criterio interpretativo. Asimismo, en la STC 91/2000 de 30 de marzo, FJ 7, leemos que “esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado”.

Queda fuera del objeto de estas páginas mostrar cómo *el Tribunal Constitucional ha ido, sin embargo, matizando o modulando el alcance y consecuencias jurídicas concretas de la recepción constitucional de los tratados internacionales en el artículo 10.2*¹.

¹ Baste recordar, a este respecto, que la posición de los tratados en el sistema español de fuentes del derecho no viene dada por lo afirmado en el artículo 10.2, sino por la regulación contenida en los artículos 93 a 96 CE. De nuevo en palabras del Tribunal Constitucional (STC 36/1981 de 14 de febrero, FJ 5), el mencionado artículo 10.2 “no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes artículos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados tratados o convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 CE, que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso”. Sabemos, en consecuencia, que, a decir del Tribunal, el artículo 10.2 “no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse solo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional” (STC 236/2007 de 7 de noviembre, FJ 5).

Así pues, los tratados internacionales en materia de derechos, pese a constituir “valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce” (STC 292/2000 de 30 de noviembre, FJ 8), ni operan como canon o parámetro de validez de las normas internas, ni pueden ser óbice para la regla de la necesaria búsqueda del *estándar máximo* de protección; de tal forma que los tratados nunca pueden servir para interpretar los derechos de manera más limitada o restrictiva que la ofrecida por la propia literalidad constitucional, sino que hay que acogerse siempre a la interpretación más favorable a la libertad. En cuanto al “*control de convencionalidad*” (es decir, de adecuación de las normas internas a los tratados y convenios, equivalente a la competencia que el Tribunal Constitucional tiene para controlar la adecuación de las mismas a la Constitución), el Tribunal ha declarado que “el análisis de convencionalidad que tiene

En cuanto a la propia *Declaración Universal*, tampoco es la finalidad de esta contribución mostrar cómo, “aunque sea a los meros efectos argumentativos, incluso retóricos [...] sigue estando presente en las normas y sentencias que nos obligan”².

Preferimos, por el contrario, fijarnos en la significativa circunstancia de que, en nuestro texto constitucional, la referencia a la Declaración se encuentra en el mismo precepto que da entrada a la *dignidad humana*, compartiendo ubicación ambos postulados en el artículo 10, que sirve a su vez como pórtico de todo el Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”). En efecto, la vocación universal de la Declaración de 1948 casa perfectamente con ese rasgo común que es la dignidad, entendida como *característica propia e inseparable de todo ser humano, independientemente del momento y por encima de las circunstancias en que se desenvuelva su vida, que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes*. Al ir unida a la propia condición humana, la dignidad opera como base y razón de ser de los derechos, como finalidad de su reconocimiento y garantía, y como límite de los derechos propios; de tal modo que el reconocimiento y respeto de esos derechos en los que la dignidad se traduce, al ser imprescindible para que la vida humana se desarrolle de modo conforme con la misma, deviene un *deber genérico* dirigido a los poderes públicos y a los particulares. De ahí que se pueda apreciar una sintonía plena entre la dignidad reconocida por el constituyente español de 1978 (artículo 10.1: “La

cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable” (STC 140/2018 de 20 de diciembre, FJ 6).

Al respecto pueden consultarse PRESNO LINERA, M.A.: “70 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, entrada publicada en su blog *El derecho y el revés* con fecha 27 de febrero de 2019, donde se constata la frecuente presencia de la Declaración en exposiciones de motivos y articulado de disposiciones legislativas estatales y autonómicas, así como en resoluciones judiciales): <https://presnolinera.wordpress.com/2019/02/27/70-anos-de-la-declaracion-universal-de-derechos-humanos/>; JIMENA QUESADA, L.: “El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 22, 2018, pp. 31-58 (<https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.02>), donde dicho control es considerado una “exigencia constitucional de coherencia normativa e institucional y de optimización de la dignidad humana a través de la protección de los derechos sociales”; FONDEVILA MARÓN, M.: “El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles. A propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 23 (2), 2019, pp. 439-458 (doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.13>). Dicha sentencia recoge y delimita, como se ha visto, la posibilidad de que los jueces y tribunales ordinarios lleven a cabo dicho control, reforzando así su papel en la protección de los derechos fundamentales.

² Así lo expresa PRESNO LINERA, M.Á., en “70 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *cit.*, donde se constata la frecuente presencia de la Declaración en exposiciones de motivos y articulado de disposiciones legislativas estatales y autonómicas, así como en resoluciones judiciales. En relación con estas últimas, se destaca que el Tribunal Constitucional ha mencionado con cierta frecuencia la Declaración Universal, tanto para delimitar el alcance del artículo 10.2 como para interpretar el objeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución; si bien, normalmente, la referencia a la Declaración no se hace de manera exclusiva o autónoma, sino unida a la de otros textos internacionales con más “peso” jurídico, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Así se observa, entre otros muchos ejemplos posibles, en la STC 62/1982 de 15 de octubre.

dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”), y la que impregna la Declaración Universal desde su Preámbulo (“el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”), encontrando continuidad en su artículo 1 (“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”).

Desde estas premisas, el carácter aparentemente cerrado de la enumeración contenida en la Declaración Universal (su artículo 28 recoge el “derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que *los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos*”) nos lleva a preguntarnos por su capacidad para dar cobertura a nuevas necesidades, nuevas (o no tanto) situaciones de vulnerabilidad, que en definitiva van reivindicándose y encontrando acomodo jurídico bajo la forma de *nuevos derechos*.

El fenómeno no es nuevo porque, como sabemos, la evolución de los derechos ha consistido precisamente en su aparición paulatina y escalonada. Lo que ocurre es que el actual discurrir de los acontecimientos nos va alejando de una evolución progresiva y situándonos ante un panorama crecientemente complejo, merced a planteamientos y realidades diferentes en su origen, pero inseparables en cuanto a su toma en consideración.

a) En primer lugar, mientras solemos dar por sentado que cada nueva “generación de derechos” (civiles y políticos; económicos, sociales y culturales; derechos ambientales y de solidaridad; derechos colectivos y de las minorías; derechos de la era tecnológica) supone aspirar a un nivel más alto una vez alcanzados y satisfechos los de las generaciones anteriores, lo cierto es que muchas personas siguen muriendo en muchos lugares por reivindicar los derechos más básicos, o por no tener cubiertas las necesidades más elementales.

b) En segundo lugar, resulta lógico y loable que resulte que los textos constitucionales y los documentos internacionales vayan haciéndose eco de *nuevas situaciones* que generan *nuevas expectativas*, avocadas a traducirse en *nuevos derechos*³. En general, estaremos hablando de derechos encaminados a satisfacer *necesidades básicas* (expresión a la que, a su vez, se va dando un contenido cada vez más amplio), dirigidos a proteger de forma objetiva bienes jurídicos como la educación, el medio ambiente, la asistencia social o sanitaria, el consumo o la vivienda. Ahora bien, ni estaremos siempre ante derechos propiamente *nuevos* (el cada vez más insistentemente proclamado *derecho a la alimentación suficiente y adecuada* se encuentra ya en el artículo 25 de la propia Declaración Universal de 1948, así como en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966), ni debe

³ GONZÁLEZ FERRERA, G.: “Derechos humanos para ser más humanos”, en PINTO FONTANILLO, J.A. y SÁNCHEZ LATORRE, Á. (Editores), *Los derechos humanos en el siglo XXI. En la conmemoración del 70 aniversario de la Declaración*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación / Edisofer, Tomo II, pp. 113-117, afronta el “debate sobre la proliferación de nuevos derechos” partiendo de la propia Declaración Universal, para concluir que, “como cualquier construcción histórica y cultural, la DUDH podría ser objeto de actualización a pesar de que ahora mismo la preocupación más urgente sea la de garantizar su cumplimiento para todos los individuos, grupos, etnias, culturas y países del mundo”.

ello confundirse con el imparable florecimiento de *derechos*, entendiendo como tales la satisfacción de cualquier tipo de expectativa, extendiendo así el propio concepto más allá de lo razonable.

c) En tercer término, y respecto de los denominados *derechos de la era digital* (derecho a la intimidad y a la desconexión digital en el ámbito laboral, protección de datos de los menores en Internet, derecho a la educación digital, derecho de rectificación, o el propio *derecho al olvido* y tantos otros reconocidos, por ejemplo, en el Título X de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre), resulta una vez más inevitable la pregunta de si estamos ante derechos propiamente *nuevos*, o si se trata en buena medida de los tradicionales derechos y libertades *analógicos* (libertades informativas, libertad de expresión, participación política, etc.), cuyo ejercicio se plantea ahora desde otras herramientas y soportes (*Internet*) en el virtual escenario del *ciberespacio*. Parece que la novedad radicaría en el propio *derecho a acceder a Internet*⁴, y la consiguiente superación de una doble *brecha digital*: la que se genera entre los que tienen los conocimientos y disponen de la infraestructura y los medios económicos necesarios para beneficiarse de estas tecnologías, y quienes carecen de ellos. Ahora bien, ¿no estaríamos, incluso en este caso, ante una renovada vertiente del clásico y fundamental derecho a la igualdad?

d) El mencionado *deber genérico* de respetar la dignidad contrasta con la muy superior atención dedicada a los derechos, tanto cuantitativa como cualitativamente, en comparación con la dispensada a los deberes. Esta característica, apreciable, sin ir más lejos, en el propio texto constitucional español de 1978, responde a una tendencia generalizada: no es casualidad que en un texto emblemático como la Declaración Universal de 1948, los deberes solo sean mencionados de forma muy genérica al principio (artículo 1: los seres humanos “*deben* comportarse fraternalmente los unos con los otros”) y al final (artículo 29: “Toda persona tiene deberes respecto de la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”. Seguramente, la escasez de mecanismos que aseguren de modo eficaz la exigibilidad de los deberes (sobre todo para los poderes públicos) no solo es el principal problema en el que desemboca la reflexión teórica sobre los deberes sino que, además,

⁴ De ello se ha ocupado en detalle ÁLVAREZ ROBLES, T.: “Derechos digitales: especial interés en los derechos de acceso a Internet y a la Ciberseguridad como derechos constitucionales sustantivos”, en *Juventud y Constitución. Un estudio de la Constitución española por los jóvenes en su cuarenta aniversario*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2019, pp. 135-158. De la misma autora, “Título X. Garantía de los derechos digitales”, en VV.AA., *Comentarios a la nueva Ley de Protección de Datos*, Madrid, Dilex, 2020, pp. 287-327. Véanse, asimismo, REBOLLO DELGADO, L.: “El acceso a Internet como nuevo derecho humano”, en PINTO FONTANILLO, J.A. y SÁNCHEZ LATORRE, Á. (Editores), *Los derechos humanos en el siglo XXI. En la conmemoración del 70 aniversario de la Declaración*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación / Edisofer, Tomo IV, pp. 293-299; RALLO LOMBARTE, A.: “Una nueva generación de derechos digitales”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 187, 2020, pp.101-135; COTINO HUESO, L.: “Online-Offline. Las garantías para el acceso a internet y la desconexión, bloqueo, filtrado y otras restricciones de la red y sus contenidos”, *Revista de Derecho Político*, nº 108, UNED, 2020, pp. 13-40; POLO ROCA, A.: “El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado”, *Revista de Derecho Político*, nº 108, UNED, 2020, pp. 165-194.

acaba por poner en peligro algo tan esencial en un modelo de convivencia democrática como el respeto y la eficacia de los derechos⁵.

La anunciada necesidad de contemplar estos retos de forma conjunta llena de sentido y relevancia al interrogante inicial sobre la capacidad de la Declaración de 1948 para reafirmar su vigencia y ofrecer una respuesta global a la inagotable reivindicación de nuevos derechos. Esta, así como la búsqueda de respuestas y la incertidumbre generalizada ante lo que está por venir (en el ámbito de los derechos y en tantos otros) son características especialmente definitorias de nuestro tiempo. En tal situación, podemos dejar aquí meramente enunciados algunos criterios, necesitados sin duda de una mayor profundización sobre todo en clave práctica:

1) Resulta necesario, primeramente, abandonar la percepción de los derechos y deberes como elementos contrapuestos, y pasar a considerarlos como complementarios: como dos caras de una misma moneda. Para ello cabría seguir dos líneas de trabajo: trasladar (cuando ello sea posible) al ámbito de los deberes conceptos o categorías referidos a los derechos, y considerar la dimensión de deber que encierra todo derecho. Desde este doble enfoque, se pueden entender los deberes como instrumentos esenciales para la eficacia de los derechos, y descubrir qué aportan aquéllos para ayudarnos a entender éstos.

2) Será imprescindible, en segundo término, asegurarse de que la aparición de esos *nuevos derechos* que por doquier se proponen, no sirva para encubrir el retroceso de los más tradicionales. Esos nuevos derechos supondrían, entonces, una huida hacia adelante, un mirar hacia otro lado. La reflexión en clave crítica sobre la proliferación de *nuevos derechos* de difícil o imposible aplicación en la realidad nos conduce a percibir el riesgo de relativización y devaluación de la propia idea y el significado de los derechos, poniendo en peligro el crédito y el valor normativo del texto constitucional o internacional que los acoja. En principio, cabe pensar que quien ha introducido los derechos ya reconocidos, es decir, el poder constituyente, será quien puede incorporar otros nuevos. Lo contrario (decisiones *constituyentes* adoptadas por poderes *constituídos*), resulta preocupante, por cuanto supone dejar de lado la Constitución, dando entrada a supuestos *nuevos derechos* que no solo no están en ella, sino que pueden ignorar o menoscabar a los constitucionalmente reconocidos. Ante esta situación, cabría sugerir dos criterios para identificar los que propiamente pueden considerarse *nuevos derechos*: aquellos cuyo ejercicio y protección sean necesarios para lograr la *calidad de vida* y el *libre y pleno desarrollo de la personalidad* exigidos por la dignidad humana (y cuya lesión pueda afectar a ese objetivo); y aquellos cuyo reconocimiento o aplicación no contradiga, lesione o atente contra otros derechos humanos constitucionalmente reconocidos.

Como indicábamos más arriba, la aparición de los derechos en diversas etapas, a modo de oleadas o *generaciones*, nos da idea de una evolución lineal y progresiva, siempre en el mismo sentido. Lo que en nuestros días se observa es, más bien, una evolución en dos sentidos opuestos: por un lado, el claro retroceso de derechos básicos; y, por otro, la aparición

⁵ Sobre esta cuestión, ALEGRE MARTÍNEZ, M.Á.: “Los deberes en la Constitución española: esencialidad y problemática”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 23, UNED, 2009, pp. 271-291.

de *nuevos derechos*, que quizá vienen a disimular el menoscabo de los más tradicionales, pero que ningún sentido tienen sin estos. Desafortunadamente, esta parece ser la fase actual de un proceso evolutivo cuyos indiscutibles logros venimos disfrutando desde hace más de doscientos años, y al que sin duda ha contribuido, en los últimos setenta y dos, la Declaración Universal de 1948. En ella se da visibilidad a los Derechos Humanos en cumplimiento de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas respecto de la promoción de los mismos. Y a partir de ella han surgido otros muchos textos y convenios internacionales, buscando reforzar el estándar jurídico de protección de los derechos, y la consiguiente realización de la dignidad, hasta nuestros días. Este es, probablemente, el mejor servicio que a día de hoy puede prestar la Declaración: ser punto de referencia, no exclusivo ni excluyente pero sí sólido y estable, sobre cuáles son esos derechos a los que los nuevos pueden y deben completar y enriquecer, pero en ningún caso sustituir.

II. LA CONSTITUCIÓN, NORMA JURÍDICA Y REFERENTE AXIOLÓGICO

La complementariedad de enfoques presente en esta exposición requiere ahora un cambio de perspectiva que nos traslade al ámbito del ordenamiento interno y a la Constitución como norma básica del mismo. Sabemos que en el seno de la comunidad política estatal existe una multiplicidad de normas jurídicas, distintas entre sí en función de su procedencia y de su forma de manifestarse o exteriorizarse (*fuentes del Derecho*). Dichas normas no despliegan sus efectos de manera aislada, sino formando una estructura integrada y ordenada, un *sistema* que se denomina *ordenamiento jurídico*, y compuesto por el conjunto de normas válidas y vigentes que rigen esa comunidad.

Esta expresión, *ordenamiento jurídico*, concretada y contextualizada en el ámbito estatal (también en el *supra* e *infra* estatal), nos sitúa ante un gran número y variedad de normas, integradas y ordenadas sistemáticamente, llamadas a coexistir, articuladas conforme a diversos principios, con el fin de evitar contradicciones y lagunas. Se estima que la unidad, la coherencia y la plenitud (*completitud*) son rasgos imprescindibles que deben caracterizar (o, al menos, a los que debe tender) el ordenamiento jurídico. Ahora bien, si integramos ahora las reflexiones apuntadas en el apartado anterior, no podremos evitar preguntarnos si dichas características, con ser *necesarias*, son *suficientes* para que el Derecho pueda cumplir eficazmente su papel regulador de la convivencia social. ¿Basta con que el sistema jurídico sea completo y coherente? ¿Es ello posible teniendo en cuenta que son varios los ámbitos jurídicos que coexisten cuando a la descentralización política del Estado se suma su integración internacional? ¿Se pueden y se deben añadir nuevas exigencias y valores (libertad, igualdad, democracia, transparencia, certeza, respeto a la dignidad y a los derechos, etc.) para que se pueda afirmar de un ordenamiento jurídico que es, ciertamente, un instrumento eficaz de organización social y de resolución de conflictos que favorece el desenvolvimiento de la persona de modo acorde con su dignidad? ¿Qué *aporta* y qué *exige* la Constitución en orden a la consecución de estos objetivos?

Cuando la consolidación del papel de la Constitución como norma jurídica suprema trae como consecuencia que el Derecho Constitucional pase a asumir el papel de “*nuevo Derecho*

común”⁶, la propia Constitución se convierte en referencia obligada, pues ella misma no solo se convierte en fuente de validez del resto de normas del ordenamiento como ya se ha indicado dotando así de unidad y coherencia al mismo, sino que además es *norma sobre la producción de normas* (fuente de fuentes o *norma normarum*), que incluye como uno de sus contenidos básicos cuáles son las diferentes categorías o tipos normativos, los órganos que las elaboran y aprueban, los procedimientos para ello y el ámbito y límites competenciales de cada una de esas categorías⁷.

La Constitución española de 1978 contiene su autoafirmación como norma jurídica (y no como mero documento programático o declaración de intenciones), al menos, en su artículo 9.1 (“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y *al resto* del ordenamiento jurídico”) y en el punto 3 de su disposición derogatoria (“Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”). Ahora bien, su papel central en la ordenación del sistema de fuentes se pone especialmente de manifiesto en el artículo 9.3, precepto de capital importancia para la vertebración del ordenamiento jurídico. Los principios que ahí se enumeran constituyen garantías esenciales del Estado de Derecho y, por tanto, en última instancia, garantías también de nuestros derechos y libertades. Los mismos deben interpretarse de manera conjunta, ya que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, no se trata de compartimentos estancos sino que “cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho” (STC 27/1981, de 20 de julio). De ellos, algunos tienen que ver con la *estructura* del ordenamiento jurídico, como el principio de legalidad o el de jerarquía normativa; otros, con la *eficacia* del mismo (publicidad de las normas, e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales); y otros, en fin, con la *actuación de los poderes públicos*: legalidad, interdicción de la arbitrariedad y responsabilidad. Mención especial merece, de entre todos ellos, el de *seguridad jurídica*, principio ordenador básico del sistema jurídico, decisivamente relevante en la perspectiva dinámica de su aplicación⁸. Todos ellos se proyectan en la consecución de la *seguridad jurídica* (verdadera síntesis de todo el precepto según el Tribunal Constitucional, STC 227/1998 de 26 de noviembre, FJ 10), de manera que ésta debe ser entendida como la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad. Como acertadamente se ha señalado, desde el *punto de vista del ciudadano*, la seguridad jurídica implica certeza, que todos sepamos de antemano a qué

⁶ FERNÁNDEZ-CARVAJAL, R.: “Nota sobre el Derecho Constitucional como nuevo ‘Derecho Común’”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 1, 1989, pp. 37-46.

⁷ Tal y como señala Villaverde Menéndez, las reglas constitucionales “son supremas porque son indisponibles para los poderes que ellas mismas crean. Ni el que tiene el poder de crear reglas, ni el que tiene el poder de ejecutarlas, ni el que tiene el poder de hacer que se cumplan pueden crear, alterar o eludir las reglas de la Constitución”. La certeza del derecho vendría garantizada por la positividad, la *solidez* y el carácter supremo de las reglas constitucionales (VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI tras 40 años de Constitución española de 1978”, en PUNSET BLANCO, R. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018): Estudios sobre el desarrollo de la Constitución española*, Madrid, Civitas – Thomson Reuters, 2018, pp. 31-51, en concreto pp. 43-44.

⁸ ESPÍN TEMPLADO, E.: “El sistema de fuentes en la Constitución”, en LÓPEZ GUERRA, L. y otros, *Derecho Constitucional, volumen I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 10ª edición, 2016, p. 60.

atenernos: las normas determinan lo que está prohibido y permitido, al tiempo que arbitran los procedimientos para resolver los posibles conflictos que pueden producirse en la convivencia. Desde el *punto de vista de los poderes públicos*, supone que los mismos no pueden actuar *arbitrariamente*, es decir, de manera contraria a las leyes o al margen de lo previsto por ellas. De lo contrario, incurrirán en responsabilidad y deberán asumir las consecuencias previstas por la ley en tales circunstancias. En este sentido, los Tribunales son los encargados de controlar “la legalidad de la actuación administrativa” (art. 106.1 CE). Ello puede dar lugar, entre otras consecuencias, a una indemnización por la lesión que los ciudadanos sufran en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 106.2 CE y, para el ámbito judicial, art. 121 CE). Por ello, en un Estado de Derecho como el diseñado por nuestra Constitución, se supera la tradicional oposición o tensión dialéctica entre libertad y seguridad, ya que ésta se convierte en garante de aquélla (siendo la seguridad jurídica, en estrecha conexión con el principio de legalidad, un presupuesto indispensable para que los derechos y libertades sean efectivos)⁹.

Por otra parte, lo que se hace en el artículo 9.3 CE es positivizar algunos de esos *principios generales del Derecho*, que tradicionalmente no están escritos sino que se han ido consolidando a lo largo de los siglos como exigencias de justicia incorporadas al *sentido común* de los juristas. El Código Civil, sin explicitarlos, los considera fuente aplicable “en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”. Lógicamente, su incorporación al texto constitucional les confiere el máximo rango normativo (alterando así la relativa eficacia jurídica que el Código Civil les reconoce); posición que además se ve realzada por el principio de *constitucionalidad* recogido en el artículo 9.1 antes citado¹⁰.

Ahora bien, más allá del plano estrictamente jurídico, la Constitución es, desde el origen del constitucionalismo (y, por tanto, antes incluso de su consolidación en Europa como auténtica norma jurídica ya bien entrado el siglo XX) un *documento político*, un instrumento encaminado a diseñar un determinado esquema institucional (conforme al cual organizar el poder dentro de una determinada comunidad política) y a la realización de determinados valores que dicha comunidad asume como propios, y dignos de protección al máximo nivel. Así pues, la Constitución no solo ordena y regula la producción de las demás fuentes del Derecho (siendo así *norma normarum* o *fuerza de fuentes*), sino que cumple también funciones esencialmente políticas, como la legitimación del poder, la integración de la comunidad en torno a determinados valores, proporcionando además una estabilidad a la misma. A este último fin responden la *rigidez constitucional* (establecimiento en la propia Constitución de un procedimiento específico para su reforma, más exigente que el destinado a aprobar o modificar las leyes) y el *control de constitucionalidad de las leyes*, o (depuración

⁹ SALAZAR BENÍTEZ, O: “La regulación constitucional de las fuentes del Derecho”, en AGUDO ZAMORA, M. y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 11ª edición, 2020, pp. 110-112.

¹⁰ SÁNCHEZ FERRIZ, R.: *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 471.

del ordenamiento jurídico expulsando del mismo aquellas leyes, o partes de las mismas, contrarias a la Carta Magna)¹¹.

Como documento político que es, la Constitución pretende racionalizar, organizar y limitar el poder, con el fin de garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos. Desde el inicio del *movimiento constitucionalista*, y concretamente con la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776), la propia Constitución norteamericana (1787) y la revolución francesa (1789) quedaron fijadas, positivizadas, las *bases ideológicas*, esto es, los *principios ético-políticos* que fundan y que permiten entender el *Derecho Constitucional*. Así, el famoso artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), según el cual “*Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes concluida, carece de Constitución*”, se considera la quintaesencia o fundamento del Derecho Constitucional moderno. Es cierto que el Derecho Constitucional se considera hoy una ciencia estrictamente jurídica, muy sistematizada, tecnificada, interrelacionada con otras ramas del Derecho positivo, y cada vez más alejada de razonamientos abstractos o planteamientos filosóficos (de hecho, se suele hablar de él como *técnica de la libertad*); pero también lo es que solo podremos hablar de Derecho Constitucional en sentido *propio* para referirnos a aquel que trata de separar los poderes y garantizar los derechos y que con el tiempo ha cristalizado en la actual fórmula tripartita del *Estado social y democrático de Derecho* (artículo 1.1 CE). Si, por el contrario, pretende servir a otros fines, solo en sentido *impropio* podrá calificarse como Derecho Constitucional, y entonces no será una técnica de la libertad, sino de la autoridad o de la tiranía¹².

¹¹ El inicio del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes (*Judicial Review of Legislation*) surge en Estados Unidos a principios del siglo XIX. Aunque la Constitución de 1787 no dijera nada al respecto, dicho control se ejerce por vez primera en 1803, cuando el juez John Marshall, del Tribunal Supremo norteamericano, dicta sentencia en el conocido caso *Marbury vs. Madison*, inaplicando una ley federal por ser contraria a la Constitución, al considerar que ésta es una norma jurídica de superior rango normativo, y por tanto el juez debe sentirse más fuertemente vinculado por ella que por la ley. El modelo norteamericano de control de constitucionalidad se conoce como *difuso*, pues esa tarea de aplicación de la Constitución y control de las leyes corresponde en principio a todos los jueces y tribunales ordinarios, si bien, en virtud del principio *stare decisis*, el Tribunal Supremo unificará de manera vinculante las posibles discrepancias entre tribunales inferiores sobre la adecuación o no de una ley a la Constitución. La norma que un juez declara inconstitucional no se expulsa del ordenamiento, sino que únicamente se inaplica para el caso concreto. En Europa, el control de constitucionalidad de las leyes o *justicia constitucional*, aparece por primera vez en la Constitución austriaca de 1919, por influencia del jurista Hans Kelsen. El modelo austriaco o kelseniano se conoce como *concentrado*, porque consiste en la creación de un órgano específico (genéricamente denominado *Tribunal Constitucional*), y únicamente a él corresponde la tarea de declarar la contradicción entre la Constitución y una ley, que en este caso sí es expulsada del ordenamiento, ya que la resolución del Tribunal Constitucional tiene efectos generales (*erga omnes*, frente a todos, ya que lo que se recurre no es la aplicación de la norma a un caso concreto, sino la propia norma, independientemente de que haya sido o no aplicada). Ambos modelos de justicia constitucional, al igual que la propia rigidez, responden a la misma finalidad, que no es otra que la defensa de la Constitución como norma jurídica suprema, la cual no puede ser ni modificada (rigidez) ni contradicha (control de constitucionalidad) por el legislador ordinario.

¹² GARCÍA CUADRADO, A.M.: *Teoría Política y Constitucional. Presupuestos y desarrollo de la dogmática constitucional*, León, Eolas ediciones, 2016, pp. 48, 109, 117.

Cabe apreciar, en consecuencia, que el Derecho Constitucional es portador de una evidente *dimensión axiológica* o *valorativa*, que lo aleja de la neutralidad, y lo convierte en valedor de la *dignidad de la persona*. A este respecto, si tomamos como referencia los *valores superiores* recogidos en el artículo 1.1 de la Constitución española, la conexión con la dignidad proclamada en el artículo 10.1 es evidente: “no existe ni puede existir dignidad humana sin libertad, justicia, igualdad y pluralismo político; además, estos valores serían indignos si no redundasen en favor de la dignidad del ser humano”¹³. Esa posición central y fundamentadora de la dignidad hace que ésta se proyecte sobre el resto del ordenamiento jurídico, que solo quedará legitimado mediante el reconocimiento de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes. El Derecho, como ciencia que se ocupa de la regulación de la convivencia, no puede prescindir de “las pautas valorativas a través de las cuales esa convivencia llega a ser ordenada, pacífica, próspera y justa”. Y, si esto sucede con la ciencia jurídica en general, con mayor razón ha de afirmarse del Derecho Constitucional, ya que la Constitución se caracteriza precisamente por ser un “código de valores”, lo que se comprende perfectamente si se tiene en cuenta su papel decisivo en la organización de la convivencia social¹⁴.

Estas son, en muy apretada síntesis, algunas de las *aportaciones específicas* del Derecho Constitucional: la organización social y la resolución de conflictos a través, fundamentalmente, de la articulación y cohesión del ordenamiento jurídico, la racionalización y limitación del poder, la positivización al máximo nivel normativo de los principios y valores considerados básicos para la convivencia, y el reconocimiento y garantía de los derechos de la persona a partir de su dignidad. La Constitución es, además, fuente de unidad y validez, y regula la producción de las demás normas del sistema jurídico. Por todo ello se ha señalado con acierto que la norma fundamental “cumple la doble función de ser instrumento configurador y vertebrador del Estado, que organiza y define sus poderes, al tiempo que se presenta como máximo baluarte de las garantías de la libertad. Con razón distinguen por ello algunos constitucionalistas, entre un Derecho Constitucional entendido como estructura, y un Derecho Constitucional concebido como sistema de garantías, con horizontes temáticos y con problemas distintos, perfectamente diferenciables en cada uno de ellos”¹⁵.

Claro que, según se ha indicado, únicamente podremos hablar de Derecho Constitucional en sentido propio cuando los postulados sobre los que se asienta son, precisamente, aquellos ideales ético-políticos a cuyo servicio nació, resumidos actualmente en la fórmula del *Estado social y democrático de Derecho*. Ya nos recordaba la Declaración francesa de 1789 que donde no hay una distribución de funciones entre los diferentes poderes públicos, ni garantía

¹³ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 163; del mismo autor, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 39, 1993, pp. 195-247; “La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 43, 1995, pp. 49-79.

¹⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La dimensión axiológica del Derecho Constitucional”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 1, 1992, pp. 37-38.

¹⁵ Otra cosa es que pueda ocurrir, paradójicamente, “que las dificultades surgidas en un ámbito, por intereses políticos o por simple obnubilación, se trasladen al otro, para a fin de cuentas no ser resueltas ni asumidas por ninguno” (DE VEGA, P.: “Prólogo” a DE CABO DE LA VEGA, A. (edición, notas e índice): *Constitución española*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1996, p. XXIV).

de los derechos como base de la legitimación del poder, únicamente podremos hablar, a lo sumo, de un derecho constitucional impropio. Libertad, igualdad y participación política (democracia) son los valores a partir de los cuales se construye todo el discurso de los derechos humanos¹⁶, y por tanto se encuentran en la base de la legitimación del poder. La consecuencia que podemos extraer de ello es que, junto a lo que el Derecho Constitucional *aporta*, no podemos perder de vista aquello que *exige*: un ordenamiento jurídico *a su medida*; un Derecho que, junto al ideal de justicia, incorpore los demás valores mencionados, no solo como cimientos sobre los que se construye, sino como reivindicaciones irrenunciables a cuya realización aspira.

III. LA IMPRONTA CONSTITUCIONAL, ESENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

A partir de estas reflexiones se comprende que la unidad, la coherencia y la plenitud, consideradas como características definitorias del ordenamiento jurídico, no resultan suficientes, pese a ser necesarias. La Constitución, en virtud de su carácter fundamental y troncal (que contiene los “títulos de los capítulos”, *têtes des chapitres*, del resto de las ramas jurídicas, como ya afirmaba Pellegrino Rossi en el siglo XIX), impregna al resto del ordenamiento de aquellos valores sobre los que se ha construido el constitucionalismo, y que son la auténtica savia que lo sigue alimentando. Y ello, también en los tiempos actuales que, como se vio en el apartado I, vienen cargados de nuevos retos y exigencias. Se necesita, por tanto, si hubiera que resumirlo en una frase, *un Derecho al servicio del libre desarrollo de la persona, en el que valores como la igualdad, la verdad o la transparencia, contribuyan a colmar la aspiración de una digna calidad de vida*.

- En efecto, el Estado constitucional queda llamado, primeramente, a desplegar una eficacia protectora al servicio de la persona y de su libre desenvolvimiento, si bien en unas circunstancias especialmente difíciles, que de alguna manera están determinando su propia evolución. Lo que el constitucionalismo reclama es la necesidad de una *protección integral de la persona, de su individualidad y de todos sus bienes e intereses*, exigida en el caso español por el objetivo constitucional del *libre/pleno desarrollo de la personalidad* (artículos 10.1 y 27.2 CE), lo cual supone un paso más respecto de la mera protección de los derechos. La persona pasa a ser considerada así como *algo más que sus propios derechos y libertades*, los cuales, de algún modo, cobran vida respecto de aquella; y dicha protección integral pasa no solo por la adecuada salvaguarda de esos derechos y libertades en los que el valor *libertad* (art. 1.1 CE) se proyecta, sino también, desde una perspectiva interdisciplinar, por la de cualesquiera *otros aspectos susceptibles y dignos de protección*: bienes, intereses, necesidades, integridad física y moral, y todo aquello que implique la promoción del ser humano, de su quehacer, de sus potencialidades y valores. La protección de todos esos aspectos debe ser estimulada a fin de lograr un *progreso* de la sociedad que vaya

¹⁶ REY MARTÍNEZ, F.: “Los derechos humanos ya no son lo que eran”, en PINTO FONTANILLO, J.A. y SÁNCHEZ LATORRE, Á. (Editores), *Los derechos humanos en el siglo XXI. En la conmemoración del 70 aniversario de la Declaración*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación / Edisofer, Tomo III, pp. 282-283.

más allá del bienestar material o del desarrollo económico¹⁷. Todos los derechos que derivan del desenvolvimiento de la personalidad, o que son imprescindibles para el mismo deben ser considerados, en un sentido amplio y abierto de la expresión, *derechos de la personalidad*. Por ello, la enumeración de los mismos podrá ir aumentando, siempre en sentido creciente, en coherencia con una dinámica de progresiva ampliación del horizonte de los derechos y la conciencia cada vez más exigente en torno a su reconocimiento. Cuestión distinta es, como se planteó en el apartado I, el imparable surgimiento de supuestos *nuevos derechos*, que pueden acabar poniendo en entredicho el propio significado de los derechos, así como la credibilidad del texto constitucional. Otro posible equívoco consistiría en considerar como *nuevos derechos* lo que no son sino formulaciones actualizadas de los tradicionalmente reconocidos (baste recordar el mencionado ejemplo de los *derechos digitales*). Y no es un problema menor el riesgo, también aludido anteriormente, de ignorar o encubrir con derechos nuevos el retroceso de los más clásicos.

- Junto con la libertad, la *igualdad* y la *democracia* son, como ya se indicó, ejes valorativos en torno a los cuales gira la aparición y consolidación de los derechos, aunque solo sea porque en todos ellos encontramos elementos intrínsecos de libertad, igualdad y democracia, aunque en cada uno pueda predominar alguna de estas dimensiones. No puede negarse, sin embargo, que tanto estos valores como los derechos que los desarrollan se encuentran en profunda crisis: la libertad, cada vez más supeditada a la seguridad, en eterna tensión dialéctica; y la igualdad, no corre mejor suerte. Por mucho que su reivindicación sea cada vez más consciente y creciente, la desigualdad ha crecido de manera importante en las últimas décadas, en la medida en que “las crisis económicas han tensado al máximo las costuras de los derechos humanos”, y también la democracia se enfrenta a una crisis de la representación política en todo el mundo¹⁸. La igualdad y la prohibición de discriminación plantean importantes retos en un momento en el que no existe la certeza de que el Estado social del futuro vaya a ser más potente que en tiempos pasados, siendo así que ni el Estado social ni el Estado democrático son posibles sin la igualdad. La propia complejidad del concepto de discriminación, o la dificultad de distinguir la *discriminación indirecta o de impacto* (trato jurídico diferente a una persona que afecta de manera desproporcionadamente negativa sobre un grupo social en desventaja) respecto de las *acciones positivas o de igualdad de oportunidades*

¹⁷ ALEGRE MARTÍNEZ, M.A. y MAGO BENDAHÁN, Ó.: *Derechos de la personalidad y derecho de los daños morales*, Caracas, Constitución Activa (“Breviarios del nuevo Derecho”), 2007, pp. 46-47. Además, (pp. 212 y ss., y 220-222) desde estos planteamientos se supera la perspectiva exclusivamente normativa e individualista de los problemas, para lograr aperturas hacia lo colectivo y lo grupal, como tendencia natural del ser humano.

¹⁸ REY MARTÍNEZ, F.: “Los derechos humanos ya no son lo que eran”, *cit.*, pp. 282-283. En el caso de la Constitución española, la igualdad proclamada en el art. 1.1 como uno de los valores superiores, se concreta en la igualdad formal ante la ley (art. 14), que encuentra su complemento en la igualdad material o real como mandato a los poderes públicos en el art. 9.2, así como en otras numerosas manifestaciones: en el acceso a funciones y cargos públicos (art. 23.2), o en los ámbitos tributario (art. 31.1), del matrimonio (art. 32), de los hijos (art. 39.2), de los españoles en cualquier parte del territorio (art. 139.1), etc.

(encaminadas a lograr la igualdad sustancial o real, y que suelen estar referidas a grupos más que a individuos) son solo algunos de los problemas planteados¹⁹.

- Si el Derecho es una técnica, y el Derecho Constitucional eleva a objetivo prioritario la seguridad jurídica, habremos de considerar a la *confianza* como la *verdad del Derecho*. Desde ciertas perspectivas doctrinales recientes, no se trataría propiamente de la confianza en una *única verdad posible* en el ámbito del Derecho positivo, sino en la existencia de normas y procedimientos que aseguren el respeto y la tolerancia hacia aquellos cuya verdad no coincida con la mayoritaria. En este sentido, y en el ámbito de la comunicación pública, un mensaje no tiene mayor protección constitucional que otro por considerarse el único *verdadero*; mientras que en el contexto judicial, la verdad residiría en el respeto al proceso que regula la toma de decisión sobre si una norma ha sido cumplida o no, más que en la existencia de una única solución jurídica correcta para cada caso²⁰. Por otra parte, y desde esa misma óptica, la *transparencia* funcionaría como expresión e instrumento necesario para el ejercicio de determinados derechos fundamentales (en especial los derechos a recibir información y a participar en los asuntos públicos), y como medio para la realización de los principios del Estado democrático y de Derecho. Estaríamos, por tanto, ante un *valor* constitucional en abstracto, aunque sería más discutible la existencia de un *principio* o de un concreto *derecho fundamental* a la transparencia, que solo desde un excesivo constructivismo jurídico podrían entenderse incluidos en la Constitución española²¹.
- No estará de más considerar, por último, que los diversos mecanismos, controles, valores y categorías conceptuales que han ido dando contenido al Derecho Constitucional, confluyen al fin y al cabo en el *reconocimiento y respeto de los derechos, deberes y libertades del individuo en función de su dignidad*, y en el *ejercicio democrático del poder*, considerados ambos como requisitos imprescindibles para que pueda existir una mínima *calidad de vida constitucional* en la organización de una comunidad política. Esta exigencia nos sitúa ante el Estado constitucional de Derecho y la democracia como conceptos *tendenciales*, siempre inacabados, cuyo perfeccionamiento resulta imprescindible, precisamente para lograr una *calidad de vida* siempre mejorable²². La voluntad de “asegurar a todos una digna

¹⁹ Al respecto, REY MARTÍNEZ, F.: “El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales”, *Fundamentos*, nº 8 (*La metamorfosis del Estado y del Derecho*, PRESNO LINERA, M.Á., Coord.), Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2014, pp. 289-312.

²⁰ Así lo explica VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: “Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 106, 2016, pp. 149-201.

²¹ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: “El marco constitucional de la transparencia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 116, 2019, pp. 167-191.

²² Para el logro de este objetivo, el Estado social, más que respuestas definitivas a la luz de determinados valores, ofrece objetivos y técnicas, si bien detrás de unos y otras se encuentra presente un núcleo axiológico similar. En su versión (a su vez evolucionada) como *Estado social y democrático de Derecho* (artículo 1.1 CE), se nos presenta, según nos recuerda Torres del Moral, más que como una realidad acabada, como un concepto *tendencial*, encaminado hacia un determinado objetivo o *finalidad última de la acción política* que, en este contexto, vendría expresada como *calidad de vida*, presente en el preámbulo constitucional, así como en los artículos 45 y 129, acogida también en términos más actuales bajo la expresión *desarrollo sostenible*. En ella,

calidad de vida”, manifestada en el Preámbulo de la Constitución española adquiere, por eso, nuevos matices en cada contexto y situación; no siendo de extrañar que, en el escenario de crisis económica y financiera de los últimos años (con situaciones de precariedad marcadas por el desempleo, las hipotecas, etc.) el debate doctrinal y político en torno a este concepto se centre en aspectos como el establecimiento de una renta mínima, el desempeño de un trabajo decente, el disfrute de una vivienda digna, o el acceso universal al sistema sanitario²³.

La idea de *calidad de vida* tampoco es ajena, lógicamente, al reto planteado por las cuestiones ambientales y su impacto en relación con un desarrollo sostenible y con los derechos humanos. Pese a la omisión del derecho a un medio ambiente sano en la Declaración Universal de 1948 (que sí recoge en el artículo 25 el derecho a un nivel de vida adecuado que garantice la salud y el bienestar) su incorporación constitucional (v. gr. Artículo 45 CE) y su creciente presencia en diversos instrumentos internacionales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración del Milenio, Agenda 2030, permiten constatar una lenta pero constante evolución respecto de la importancia de los derechos medioambientales. De todas formas, en esta materia más que ninguna otra, la responsabilidad y la concienciación individual resultan imprescindibles para mantener y mejorar las condiciones de vida y la posibilidad de supervivencia²⁴.

La *digna calidad de vida* va unida a la consideración y la defensa de la *vida humana* como base del respeto y reconocimiento de la dignidad. A este respecto, la dignidad humana en

y en palabras del mismo autor, “se incluyen todos los valores vigentes en la sociedad actual, desde la justicia social hasta el cuidado del medio ambiente, pasando por la libertad, el desarrollo y la paz”. Se trataría, en definitiva, de lograr un progreso equilibrado en el que la idea directriz será “la obtención del *máximo de cada uno de estos valores que no obstaculice ni perjudique a otro más que el mínimo inevitable*” (TORRES DEL MORAL, A.: *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, 2010, pp. 84-86).

²³ JIMENA QUESADA, L.: “El derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social como paradigma del respeto de la dignidad humana. La inserción del ingreso mínimo vital en el marco de la evolución de los estándares internacionales”, *Lex Social*, vol. 10, nº 2, 2020, p. 401. https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5073. Propone este autor (*ibidem*, p. 383) el ejemplo de la *subcrisis* de las hipotecas que vino de la mano de la crisis económica de 2008, con el consiguiente drama de los desahucios y desalojos, que ha afectado a la vivienda como uno de los derechos intrínsecamente ligados al respeto de la dignidad (“vivienda digna”, “vida digna”) y a la protección contra la pobreza y la exclusión social. La Constitución española lo recoge como uno de los principios rectores de la política social y económica en el artículo 47.

²⁴ Así lo explica ANGLÉS HERNÁNDEZ, M.: “Derechos humanos a un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible, en el marco del sistema universal de los derechos humanos”, en PINTO FONTANILLO, J.A. y SÁNCHEZ LATORRE, Á. (Editores), *Los derechos humanos en el siglo XXI. En la conmemoración del 70 aniversario de la Declaración*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación / Edisofer, Tomo II, pp. 37-41. Asimismo, GUTIÉRREZ-PÉREZ, J.: “El medio ambiente, escenario de derechos humanos y ecológicos emergentes”, en PINTO FONTANILLO, J.A. y SÁNCHEZ LATORRE, Á. (Editores), *Los derechos humanos en el siglo XXI. En la conmemoración del 70 aniversario de la Declaración*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación / Edisofer, Tomo II, pp. 119-128.

todas las fases del ciclo vital (dignidad que caracteriza a *cada vida humana* y se refiere por tanto al carácter único, personal e irrepetible de cada ser humano) se encuentra cada vez más amenazada por corrientes utilitaristas, por más que se alegue que los adelantos fruto de las investigaciones biomédicas y biotecnológicas únicamente pretenden contribuir al bienestar de las personas²⁵. Y en el caso concreto de las *personas con discapacidad*, el reconocimiento de su igual dignidad y su total inclusión e integración en la sociedad, solo se podrán lograr de manera plena si su protección se extiende a todos los momentos de su existencia²⁶. Queremos pensar, volviendo al inicio de estas reflexiones para cerrar así el círculo, que esta es la filosofía que impregna la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada el 10 de diciembre de 1948, tanto en su Preámbulo como en su artículo 1, ya citados. La idea de dignidad como “*fundamento del orden político y de la paz social*”, unida a la mención de los “*derechos inviolables que le son inherentes*” así como al “*libre desarrollo de la personalidad*” (art. 10.1 CE) encaja perfectamente con esa vocación universal e integral de la protección del ser humano que justifica y legitima cualquier sistema jurídico. El aseguramiento de una creciente y progresiva *digna calidad de vida*, se sitúa en el *punto de partida* de las viejas y nuevas reivindicaciones, y necesitará ir acompañada de la aspiración a la *universalidad* como ineludible *punto de llegada*, so pena de aumentar la *brecha de dignidad* entre unos seres humanos y otros.

IV. EPÍLOGO: APUNTES SOBRE CONSTITUCIÓN Y PODERES CONSTITUIDOS

El artículo 161.1.c) de la Constitución española de 1978 atribuye al Tribunal Constitucional la competencia para conocer “*De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí*”. Esta tarea (habitualmente asignada a los Tribunales Constitucionales en los Estados federales y, en general, en aquellos con mayor o menor grado de descentralización política) de dirimir los conflictos surgidos por el reparto de competencias entre los diversos entes territoriales, cobra especial protagonismo en el caso de nuestro *Estado de las autonomías*. En efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido que ir dando forma al Estado autonómico, no solo por la complejidad del reparto competencial previsto en la propia Constitución (básicamente en sus artículos 148, 149 y 150) sino, sobre todo, por el hecho de que el sistema, basado en el principio de voluntariedad, traslada al ámbito estatutario lo que debería haber sido exclusivamente materia constitucional. Con ello, y según advertía Pedro De Vega, los Estatutos de Autonomía han tenido que suplir “*las indeterminaciones y confusiones del Texto Constitucional*”; mientras

²⁵ JOUVE DE LA BARREDA, N.: *El mensaje de la vida. Credo de un genetista*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2020, pp. 59 y 61. La dignidad de cada persona –considera este autor– no es algo que se otorga, sino que se reconoce por el mero hecho de ser humano; de manera que “este concepto básico es fundamental para resolver cualquier duda en los debates bioéticos respecto a lo que se debe o no se debe hacer”.

Sin embargo, desde la noción utilitarista de la dignidad que actualmente se maneja en muchos ámbitos, la noción de “calidad de vida” ha venido a reemplazar al valor de la dignidad intrínseca de la vida. Al respecto, APARISI MILLARES, Á.: “Dignidad humana y nuevos derechos”, en SANTOS ARNAIZ, J. A.; ALBERT MÁRQUEZ, M.M. y HERMIDA DEL LLANO, C. (editores): *Bioética y nuevos derechos*, Granada, Comares, 2016, pp. 47-78.

²⁶ GARIBO PEYRÓ, A.-P.: “El derecho a la vida cuando ésta es frágil como una exigencia de justicia: la perspectiva que ofrecen las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* sobre las personas con discapacidad”, *Persona y Derecho*, vol. 81, 2019/2, pp. 323-348, especialmente en p. 346.

que el Tribunal Constitucional, “guardián de la voluntad del poder constituyente”, ha visto desvirtuado su papel al convertirse en “su sustituto”, garantizando el proceso descentralizador mediante la realización de lo que “el poder constituyente no hizo o no supo realizar”²⁷.

Una de las primeras enseñanzas que recibe quien se adentra en el mundo jurídico es que el Derecho, que está presente en toda sociedad humana (*ubi societas ibi ius*), es un sistema de resolución de conflictos conforme a criterios de justicia comúnmente aceptados, y recogidos en las normas por las que se rige cada sociedad concreta. En el ejemplo que acabamos de proponer, parece como si los autores de nuestra norma jurídica suprema hubieran querido *curarse en salud*, convirtiendo en el Título IX al Tribunal Constitucional en instrumento para la solución de los problemas que a buen seguro habría de provocar la distribución competencial diseñada en el Título VIII. Y sin embargo, partimos de que el Derecho está para resolver conflictos, y no para crearlos.

En el plano de las relaciones interpersonales el Derecho impone obligaciones, deberes personales (un hacer, una prohibición de hacer, una carga personal, la entrega de un bien o una cantidad, etc.), limitando así la libertad humana; si bien no hay que olvidar que generalmente esos deberes se establecen como contrapartida a derechos igualmente reconocidos. Esa plasmación de derechos y deberes es, precisamente, el ámbito en que con mayor nitidez se manifiesta el papel central de la Constitución, caracterizada como norma suprema, fuente de validez de las demás que componen el ordenamiento, e instrumento capaz de dotar de unidad y coherencia al mismo. La Norma Básica se revela, además, como soporte adecuado para acoger las exigencias de nuestro tiempo. Todo ello a pesar de la sombra de crisis que desde hace varias décadas se cierne sobre la idea misma de Constitución, a causa de factores tan distintos y complejos como la dificultad de solucionar a nivel estatal problemas que son globales, el consiguiente protagonismo del Derecho internacional, los embates sufridos por el Estado social y democrático de Derecho a causa de las intensas crisis económicas, el caldo de cultivo que dichas crisis suponen para la aparición de opciones políticas radicales, la creciente polarización de la sociedad, las tensiones territoriales, la incertidumbre generalizada ante lo que está por venir (en el ámbito de los derechos y en tantos otros), etc.²⁸

Una simple mirada a nuestro entorno basta para constatar la insuficiencia de la constitucionalización de los derechos (por muchos y elaborados mecanismos garantizadores de que ésta vaya acompañada) para que se pueda hablar de un real y efectivo cumplimiento de los mismos y, consecuentemente, de la dignidad humana en la que se fundamentan; y lo

²⁷ DE VEGA, P.: “Prólogo” a DE CABO DE LA VEGA, A. (edición, notas e índice): *Constitución española*, cit. p. XXVI. Del mismo autor, “Prólogo” a RUIPÉREZ ALAMILLO, J.: *La reforma del Estatuto de Autonomía para Galicia*, Universidad de La Coruña, 1995 [en RUBIO NUÑEZ, R. (edición y estudio introductorio), *Obras escogidas de Pedro de Vega García*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 708].

²⁸ Sobre algunos de estos factores, con especial referencia al estrecho y especial vínculo entre Constitución y derechos, y vaticinando la supervivencia de aquella también durante el siglo XXI, véase SILVERO-SALGUEIRO, J.: “¿El adiós a la Constitución?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXVII, n° 268, 2017, pp. 825-848. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/32862/29826>. Asimismo, TUDELA ARANDA, J.: “Crisis política (y social) y Derecho Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 46, UNED, 2020, pp. 173-210.

mismo puede afirmarse de los demás contenidos de la Constitución, relacionados, según sabemos, con la organización y limitación del poder (apartado II). Por si todo ello fuera poco, la posible existencia de contradicciones, omisiones o incorrecciones técnicas en la obra del constituyente, puede convertir a la Constitución en *fuentes generadoras de conflictos que ella misma no puede resolver*. Y no puede hacerlo por la sencilla razón de que “forma parte de la lógica del Estado constitucional [...] que, una vez aprobada la Constitución, el poder constituyente desaparezca, cediendo su lugar a la propia norma por él creada”²⁹. Habremos de deducir, por tanto, que el efectivo cumplimiento de su obra *ya no depende de él*: la eventual capacidad de la Constitución para transformar la realidad *no reside en ella misma*, ni queda en manos del constituyente (que solo se reactivará en su día para volver a actuar como tal), sino en el uso que los poderes constituidos y el conjunto de sus destinatarios (“los ciudadanos y los poderes públicos”, en expresión del art. 9.1 CE) hagamos de su obra.

BIBLIOGRAFÍA

- Alegre Martínez, M.A.: “Los deberes en la Constitución española: esencialidad y problemática”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 23, UNED, 2009, pp. 271-291.
- Alegre Martínez, M.A. y Mago Bendahán, O.: *Derechos de la personalidad y derecho de los daños morales*, Caracas, Constitución Activa (“Breviarios del nuevo Derecho”), 2007.
- Álvarez Robles, T.: “Derechos digitales: especial interés en los derechos de acceso a Internet y a la Ciberseguridad como derechos constitucionales sustantivos”, en *Juventud y Constitución. Un estudio de la Constitución española por los jóvenes en su cuarenta aniversario*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2019, pp. 135-158.
- Álvarez Robles, T.: “Título X. Garantía de los derechos digitales”, en VV.AA., *Comentarios a la nueva Ley de Protección de Datos*, Madrid, Dilex, 2020, pp. 287-327.
- Anglés Hernández, M.: “Derechos humanos a un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible, en el marco del sistema universal de los derechos humanos”, en J.A. Pinto Fontanillo y A. Sánchez Latorre (Eds.), *Los derechos humanos en el siglo XXI. En la conmemoración del 70 aniversario de la Declaración*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación / Edisofer, Tomo II, pp. 37-41.
- Aparisi Millares, A.: “Dignidad humana y nuevos derechos”, en J.A. Santos Arnaiz, M.M. Albert Márquez y C. Hermida del Llano (Eds.), *Bioética y nuevos derechos*, Granada, Comares, 2016, pp. 47-78.
- Cotino Hueso, L.: “Online-Offline. Las garantías para el acceso a internet y la desconexión, bloqueo, filtrado y otras restricciones de la red y sus contenidos”, *Revista de Derecho Político*, nº 108, UNED, 2020, pp. 13-40.
- De Vega, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos (“Temas clave de la Constitución Española”), 1985.
- De Vega, P.: “Prólogo” a de Cabo de la Vega, A. (Edición, notas e índice), *Constitución española*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1996.

²⁹ DE VEGA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos (“Temas clave de la Constitución Española”), 1985, p. 34; ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: “Los deberes en la Constitución española: esencialidad y problemática”, *cit.*, p. 277.

- De Vega, P.: “Prólogo” a Ruipérez Alamillo, J., *La reforma del Estatuto de Autonomía para Galicia*, Universidad de La Coruña, 1995 [en R. Rubio Núñez (Edición y estudio introductorio), *Obras escogidas de Pedro de Vega García*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017].
- Espín Templado, E.: “El sistema de fuentes en la Constitución”, en L. López Guerra y otros, *Derecho Constitucional, volumen I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 10ª edición, 2016.
- Fernández Segado, F.: *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.
- Fernández Segado, F.: “La dimensión axiológica del Derecho Constitucional”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 1, 1992, pp. 15-39.
- Fernández Segado, F.: “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 39, 1993, pp. 195-247.
- Fernández Segado, F.: “La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 43, 1995, pp. 49-79.
- Fernández-Carvajal, R.: “Nota sobre el Derecho Constitucional como nuevo ‘Derecho Común’”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 1, 1989, pp. 37-46.
- Fondevila Marón, M.: “El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles. A propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 23 (2), 2019, pp. 439-458 (doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.13>).
- García Cuadrado, A.M.: *Teoría Política y Constitucional. Presupuestos y desarrollo de la dogmática constitucional*, León, Eolas ediciones, 2016.
- Garibo Peyró, A.-P.: “El derecho a la vida cuando ésta es frágil como una exigencia de justicia: la perspectiva que ofrecen las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* sobre las personas con discapacidad”, *Persona y Derecho*, vol. 81, 2019/2, pp. 323-348.
- González Ferrera, G.: “Derechos humanos para ser más humanos”, en J.A. Pinto Fontanillo y A. Sánchez Latorre (Eds.), *Los derechos humanos en el siglo XXI. En la conmemoración del 70 aniversario de la Declaración*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación / Edisofer, Tomo II, pp. 113-117.
- Gutiérrez-Pérez, J.: “El medio ambiente, escenario de derechos humanos y ecológicos emergentes”, en J.A. Pinto Fontanillo y A. Sánchez Latorre (Eds.), *Los derechos humanos en el siglo XXI. En la conmemoración del 70 aniversario de la Declaración*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación / Edisofer, Tomo II, pp. 119-128.
- Jimena Quesada, L.: “El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 22, 2018, pp. 31-58 (<https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.02>).
- Jimena Quesada, L.: “El derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social como paradigma del respeto de la dignidad humana. La inserción del ingreso mínimo vital en el marco de la evolución de los estándares internacionales”, *Lex Social*, vol. 10, nº 2, 2020, pp. 361-423 (https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5073).
- Jouve de la Barreda, N.: *El mensaje de la vida. Credo de un genetista*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2020.
- Polo Roca, A.: “El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado”, *Revista de Derecho Político*, nº 108, UNED, 2020, pp. 165-194.

- Presno Linera, M.A.: “70 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, blog *El derecho y el revés*, 27 de febrero de 2019: <https://presnolinera.wordpress.com/2019/02/27/70-anos-de-la-declaracion-universal-de-derechos-humanos/>
- Rallo Lombarte, A.: “Una nueva generación de derechos digitales”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 187, 2020, pp.101-135.
- Rebollo Delgado, L.: “El acceso a Internet como nuevo derecho humano”, en J.A. Pinto Fontanillo y A. Sánchez Latorre (Eds.), *Los derechos humanos en el siglo XXI. En la conmemoración del 70 aniversario de la Declaración*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación / Edisofer, Tomo IV, pp. 293-299.
- Rey Martínez, F.: “El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales”, *Fundamentos*, nº 8 (*La metamorfosis del Estado y del Derecho*, M.A. Presno Linera, Coord.), Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2014, pp. 289-312.
- Rey Martínez, F.: “Los derechos humanos ya no son lo que eran”, en J.A. Pinto Fontanillo y A. Sánchez Latorre (Eds.), *Los derechos humanos en el siglo XXI. En la conmemoración del 70 aniversario de la Declaración*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación / Edisofer, Tomo III, pp. 282-283.
- Salazar Benítez, O.: “La regulación constitucional de las fuentes del Derecho”, en M. Agudo Zamora y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 11ª edición, 2020.
- Sánchez Ferriz, R.: *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- Silvero-Salgueiro, J.: “¿El adiós a la Constitución?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXVII, nº 268, 2017, pp. 825-848. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/32862/29826>.
- Torres del Moral, A.: *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 2010.
- Tudela Aranda, J.: “Crisis política (y social) y Derecho Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 46, UNED, 2020, pp. 173-210.
- Villaverde Menéndez, I.: “Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 106, 2016, pp. 149-201.
- Villaverde Menéndez, I.: “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI tras 40 años de Constitución española de 1978”, en R. Punset Blanco y L. Álvarez Álvarez (Coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018): Estudios sobre el desarrollo de la Constitución española*, Madrid, Civitas – Thomson Reuters, 2018, pp. 31-51.
- Villaverde Menéndez, I.: “El marco constitucional de la transparencia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 116, 2019, pp. 167-191.

Breve reflexión sobre las controversias biojurídicas que suscita la despenalización de la eutanasia

Marina Morla González

Contratada predoctoral. Universidad de León. mmor@unileon.es

Recibido
22 febrero 2021

Aceptado
23 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Eutanasia; Suicidio asistido; Autonomía; Libertad; Dignidad, Pendiente resbaladiza.

KEYWORDS

Euthanasia; Assisted suicide; Autonomy; Freedom; Dignity; Slippery slope.

Resumen

La proposición de Ley Orgánica reguladora de la eutanasia que el Congreso de los Diputados ha tramitado y finalmente aprobado el 17 de enero de 2021 en España, ha incrementado el debate político, social y bioético entorno a las prácticas de la eutanasia y del suicidio asistido. En esta contribución, realizamos una aproximación a las controversias biojurídicas que suscita esta despenalización.

A brief reflection on the biolegal controversies raised by the decriminalisation of euthanasia

Abstract

The proposal of the Organic Law regulating euthanasia that the Congress of Deputies has processed and finally approved on January 17, 2021 in Spain, has increased the political, social and bioethical debate on the practices of euthanasia and assisted suicide. In this contribution, we make an approach to the bio-legal controversies that this decriminalization raises.

I. Cuestiones preliminares – II. Punto de vista jurídico. Interpretaciones constitucionales de la eutanasia – III. Punto de vista bioético. Aproximación al debate sobre la autonomía, libertad y dignidad del individuo: 1. Autonomía y libertad; 2. Dignidad de la persona y del cuerpo – IV. La ineficaz gestión del sufrimiento: inaccesibilidad e ineffectividad de los cuidados paliativos – V. La «pendiente resbaladiza» – VI. Conclusiones – Bibliografía

I. CUESTIONES PRELIMINARES

La eutanasia es, con seguridad, uno de los temas más debatidos dentro del Derecho. El uso del propio término ya parece conflictivo, en tanto que se le atribuyen desde connotaciones enormemente positivas, vinculadas a su origen griego y significado etimológico de *buena muerte*, hasta connotaciones enormemente negativas, relacionadas, por ejemplo, con *Aktion*

T4, el programa de exterminio ejecutado por la Alemania nazi desde el verano de 1939 hasta el final de la Segunda Guerra Mundial¹.

A pesar de que el Estado español ha sido el último en sumarse al reducido grupo de los que normativamente despenalizan la eutanasia y el suicidio asistido a partir del cumplimiento de unos estrictos requisitos, la discusión jurídica, social, política y religiosa en torno a lo legítimo o no de estas prácticas parece no haber hecho más que incrementarse en los dos últimos años.

El debate se centra justamente en torno a la legitimidad de que un tercero practique (o permita) la muerte, intencionadamente y de manera activa, mediante acciones u omisiones, a una persona que observa su existencia insoportable y absurda, de manera irreversible².

Hasta el año 2021, España penalizaba en el artículo 143.4 del Código Penal la eutanasia activa y directa:

“4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

Antes de entrar en materia acerca de la discusión en torno a la conveniencia de la despenalización de esta práctica, conviene aclarar una serie de cuestiones básicas.

En primer lugar, ha de considerarse que el apartado 4 del artículo 143 el legislador penal castiga aquella conducta que va dirigida de manera directa e intencionada a causar la muerte al enfermo que así lo solicita. El artículo no penaliza la eutanasia pasiva o la eutanasia indirecta. Esto es, no penaliza la conducta del sujeto que omite o suspende las medidas terapéuticas que mantienen con vida al paciente (por ejemplo, el médico que no inicia un tratamiento, el familiar que desconecta a su ser querido de la respiración artificial), ni la conducta del sujeto cuya intención no es provocar directamente la muerte al enfermo, sino paliar el sufrimiento de un proceso cuyo desenlace final será inevitablemente la muerte (por ejemplo, el facultativo que administra sustancias farmacológicas –por ejemplo, sedación en fase terminal– al enfermo agónico, que reducen su dolor y adelantan al mismo tiempo el momento de la muerte). Ambas conductas: la eutanasia pasiva y la eutanasia indirecta son, por lo tanto, atípicas.

En este debate, partimos también de que el profesional sanitario que no procura el tratamiento al paciente a petición de aquel, actúa conforme a la *lex artis*, aunque el rechazo del paciente al tratamiento pueda derivar en su propio fallecimiento (el derecho al rechazo al tratamiento

¹ Véase: “Programa de eutanasia”. Enciclopedia del Holocausto. Disponibilidad y acceso: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/euthanasia-program-abridged-article> (consultado el 22 de febrero de 2021).

² Sobre la definición de eutanasia, véase: LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *Derecho de la Libertad de Conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, en concreto, pp. 423 y ss. Navarra: Aranzadi, 2007 y ÁLVAREZ GÁLVEZ, I. “Sobre la equivalencia entre actuar y omitir. A propósito de la eutanasia activa y pasiva”, en *Hacer o no hacer. La responsabilidad por acciones y omisiones*, Rosana Triviño y Textu Ausín (Eds.). Madrid: Plaza y Valdes, 2017.

ya se garantiza en nuestro país con la Ley General de Sanidad de 1986 y se refuerza en el año 2002 con la Ley de Autonomía del Paciente)³. En estos casos, la abstención del tratamiento del paciente no solo es una obligación para el facultativo, sino que actuar en contra de la voluntad de aquel implicaría incurrir en responsabilidad penal, como apunta la penalista Carmen Tomás-Valiente⁴.

Uno de los momentos álgidos en la discusión pública sobre la eutanasia tuvo lugar en torno al caso de Ramón Sampedro (aunque estrictamente Ramón Sampedro falleció tras su suicidio asistido por su compañera Ramona Maneiro). El caso inspiraría una película, *Mar Adentro* –que recibiría numerosos galardones en el año 2004–, dirigida por Alejandro Amenábar, en la que Javier Bardem interpreta al protagonista demandante del auxilio al suicidio. Esta película acerca a la sociedad española la situación límite en la que se encontraba el señor Sampedro, una persona tetrapléjica que durante treinta años permaneció postrada en una cama, situación que le llevó a solicitar que se eximiese de responsabilidad a quien le ayudase a proporcionarle cuanto antes una *buena muerte* (de ahí también la confusión con el empleo de la palabra eutanasia –que como hemos mencionado, etimológicamente significa *buena muerte*– a la hora de referenciar este caso). Es importante subrayar que Ramón Sampedro padecía una tetraplejía irreversible pero no terminal. Considero que es importante destacar (para el debate de casos de enfermos no terminales) que la condición de no terminal no eliminaba el sufrimiento que le empujaba a querer poner fin a su vida. El señor Sampedro describía ese sufrimiento como más espantoso aún que la propia muerte, tal y como dice en uno de sus escritos: “*basta que la razón entienda que a veces la muerte es menos espantosa que el dolor que hay que soportar para vivir, para que sea humana y justa esa libertad*”⁵.

Ramón Sampedro moría en 1998, y la redacción del Código Penal de 1995 tendría especial consideración a las reivindicaciones formuladas por él, aunque de ninguna manera despenalizó la ayuda directa y activa a causar la muerte de un individuo que padece graves sufrimientos, sino que aminoró su pena.

El último de los casos que ha centrado la mirada pública ha sido el de María José Carrasco, quien padecía una esclerosis múltiple con graves sufrimientos, no solo psíquicos, sino también físicos, y había formulado en reiteradas ocasiones su voluntad de querer poner fin a su vida. En este caso, su marido le prestó la ayuda que ella solicitaba, poniendo fin a su vida en el año 2019.

Posicionarse en este debate requiere tener en consideración un enfoque pluridisciplinar (en él se encontrarán argumentos jurídicos, filosóficos, médicos y sociales), lo cual lo convierte en una controversia probablemente irresoluble; o cuya solución, al menos, no contentará a todas las posturas. En esta breve contribución trataré de sintetizar cuáles son las claves desde las que entiendo debe concebirse cualquier propuesta democrática que aborde su regulación.

³ Para un análisis más pormenorizado de los derechos que informa el principio de autonomía del paciente, véase: TARODO SORIA, S. *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2005.

⁴ TOMÁS-VALIENTE, C. Posibilidades de regulación de la eutanasia solicitada. Documento de trabajo 71/2005, Fundación Alternativas, Madrid, 2005.

⁵ SAMPEDRO, R. *Cartas desde el infierno*. Planeta: Barcelona, 2004.

II. PUNTO DE VISTA JURÍDICO. INTERPRETACIONES CONSTITUCIONALES DE LA EUTANASIA

El Estado español está obligado a la protección de la vida e integridad física y moral de todos sus ciudadanos, como así lo exige el artículo 15 de nuestra Constitución: “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. [...]*”. No obstante, las interpretaciones sobre el alcance del contenido de este artículo realizadas por el Tribunal Constitucional han sido controvertidas, en tanto que en ocasiones sitúan la obligación del Estado a proteger el derecho a la vida por encima de la autonomía del individuo (en este sentido, las sentencias 120/1990 y 121/1990 sobre alimentación forzosa de los miembros de las GRAPO que se encontraban en huelga de hambre), y, en otras, otorgan más peso a la autonomía del individuo y su derecho de la libertad de conciencia derivado necesariamente de aquella, que a la protección del derecho a la vida (en este sentido, la sentencia 154/2002 que amparó el derecho de la libertad de conciencia de unos padres Testigos de Jehová que se opusieron –en un primer momento– a la trasfusión sanguínea a su hijo, que terminaría falleciendo)⁶.

El enfoque jurídico de la discusión sobre la eutanasia plantea la cuestión de si la protección el derecho a la vida implica también una obligación exigible al individuo. El principio general, como señala Dionisio Llamazares, es que “*el Derecho puede proteger el valor de la vida de los ataques de terceros pero no de los de su titular*”. Por ello, nuestro Código Penal se abstiene de tipificar la conducta del individuo que se suicida, pero sí penaliza las conductas de cooperación e inducción al suicidio, así como el homicidio a petición⁷.

Partiendo de este punto, la pregunta que corresponde ahora resolver consiste en si el derecho de autodeterminación de la persona incluye el derecho a disponer de la propia vida en determinadas circunstancias, es decir, que un ejercicio legítimo de su libertad pueda implicar la elección entre vivir o morir. El suicidio es una libertad fáctica, un derecho subjetivo según nuestro Tribunal Constitucional⁸, pero no un derecho fundamental amparado en la Constitución. Por lo tanto, el derecho a la vida tampoco ha de interpretarse como un auténtico deber constitucional. Así las cosas, no se puede inferir que el suicidio y la eutanasia están constitucionalmente prohibidas por el artículo 15 CE, como tampoco están expresamente amparadas.⁹

De cuál sea el alcance que se otorgue a la protección del derecho a la vida y del derecho a la integridad física y moral contemplados en el artículo 15, dependerá una justificación de la despenalización y un amparo constitucional de quien practique una eutanasia activa directa a quien, en ejercicio de su autonomía, desea poner fin a su vida. En este sentido, Fernando Rey

⁶ Para el Prof. ALEGRE MARTÍNEZ, en cambio, “el derecho a la vida es el soporte de todos los demás, ‘en cuanto que es el presupuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible’ (STC 53/1985 de 11 de abril)” y: “Ese derecho se traduce y concreta en el deber de respetar la vida ajena y, por tanto, de no lesionarla, de no causar por ningún medio ni procedimiento su final”. Véase su *El derecho a la vida como derecho a nacer*, en Estudios de Deusto, en concreto, p. 381. Núm. 1, vol. 60, 2012.

⁷ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *Derecho de la Libertad...* cit., en concreto, pp. 423 y 424.

⁸ STC 120/1990, de 15 de febrero, FJ 7.

⁹ *Ibid.*

arroja luz sobre las posibles interpretaciones que pueden hacerse del artículo 15 de la Constitución en relación con la eutanasia activa directa. Así, entiende que podría contemplarse esta práctica como: (1) constitucionalmente prohibida, en tanto que no se puede inferir que la protección jurídica de la vida en la Constitución incluya un derecho del individuo a disponer de su vida, u otorgue derecho a un tercero a disponer de la vida de aquel a petición (en este sentido, el suicidio sería una conducta ilícita, y la eutanasia activa y directa, inconstitucional); (2) un derecho fundamental: el contenido del derecho a la vida del artículo 15 no implica un deber de vivir, y por lo tanto, el titular del derecho a la vida tiene derecho a disponer de aquella (la eutanasia activa directa y el suicidio serían manifestaciones de un ejercicio legítimo del derecho fundamental recogido en el artículo 15 CE, y tipificar penalmente esas conductas sería, por lo tanto, inconstitucional); (3) una libertad constitucional legislativamente limitable: de la Constitución no se infiere que exista un derecho fundamental a terminar con la propia vida de forma activa –ni si quiera amparándonos en una cláusula tan amplia como la de la protección a la dignidad–, aunque la cláusula general de libertad (artículo 1.1. CE), sí podría amparar ciertas conductas que no tienen una protección expresa como derechos fundamentales en la Constitución (por ejemplo, el suicidio), y prohibiría al poder público imponer limitaciones no razonables, arbitrarias o desproporcionadas (en este caso, si bien la prohibición del suicidio sería inconstitucional, dado que no perjudica bienes jurídicos ajenos, la prohibición de la eutanasia no lo sería, en tanto que persigue evitar el riesgo de abuso y, por lo tanto, no sería una restricción arbitraria o no razonada); (4) una excepción legítima bajo ciertas condiciones a la protección estatal de la vida; es decir, de la Constitución no podemos inferir que un derecho fundamental a disponer de la propia vida esté amparado, por lo que la eutanasia activa podría estar penalizada de acuerdo con la Constitución, aunque el legislador podría considerar determinadas condiciones que justifiquen una despenalización de tal conducta. Esta última es la postura que defiende el autor como interpretable en el artículo 15 de la Carta Magna.

Como decimos, de la interpretación que se realice de este artículo 15 dependerá conceder legitimidad o no a la eutanasia. La literatura jurídica, sin embargo, no alcanza un consenso cuando de determinar el alcance de este derecho se trata. Sin embargo, y en el sentido que apunta Dionisio Llamazares, lo que sí parece estar claramente configurado en el artículo 15 como derecho constitucional es el derecho a una vida digna, e implícitamente, el derecho a un proceso de muerte también digno, con exclusión de tratos inhumanos o degradantes. Por ello, los enfermos con graves sufrimientos que ven la llegada inminente del acontecimiento de su muerte, tienen derecho a pedir una buena muerte, un proceso digno, voluntario y responsablemente querido¹⁰.

Aunque los ordenamientos jurídicos de la práctica totalidad de países condenan la eutanasia activa y directa, el continuo debate político, social y bioético constituye un motor en la evolución de la normativa. Esa evolución, en nuestro país, ha derivado recientemente en una despenalización de la eutanasia activa directa y del suicidio asistido. La proposición de Ley Orgánica reguladora de la eutanasia que el Congreso de los Diputados ha tramitado y finalmente aprobado el 17 de enero de 2021¹¹, no solo despenaliza estas conductas, sino que

¹⁰ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *Derecho de la Libertad...* cit., en concreto, p. 425.

¹¹ El detalle de su tramitación y aprobación: Congreso de los Diputados. Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia. Boletín Oficial de las Cortes Generales 122/000020.

configura el derecho a solicitar la muerte (en la ley “prestación de ayuda a morir”) como un nuevo derecho individual cuando se cumplen determinadas condiciones.

Artículo 1. Objeto.

El objeto de esta Ley es regular el derecho que corresponde a toda persona que cumpla las condiciones exigidas a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir, el procedimiento que ha de seguirse y las garantías que han de observarse.

Asimismo, determina los deberes del personal sanitario que atienda a esas personas, definiendo su marco de actuación, y regula las obligaciones de las administraciones e instituciones concernidas para asegurar el correcto ejercicio del derecho reconocido en esta Ley¹².

Tras la aprobación de esta Ley, solo cabe esperar a la interpretación de la misma que realicen los jueces. Las diferentes posturas sostenidas en este debate son defendibles y es posible que ninguna solución jurídica contente a todas.

III. PUNTO DE VISTA BIOÉTICO. APROXIMACIÓN AL DEBATE SOBRE LA AUTONOMÍA, LIBERTAD Y DIGNIDAD DEL INDIVIDUO

Autonomía, libertad y dignidad han sido, tradicionalmente, los conceptos más aludidos en el debate sobre la despenalización de la eutanasia y el suicidio asistido. Se trata de categorías complejas que aceptan enfoques pluridisciplinares. En este apartado, propongo una breve aproximación a los mismos desde la Bioética.

1. Autonomía y libertad

Podemos centrar el debate sobre la eutanasia en dos cuestiones que afectan a la autonomía y a la libertad de la persona. La primera: ¿puede el individuo ejercer su libertad hasta el punto de poner en peligro su propia vida, o la de otros que así lo hayan pedido o consentido?, y la otra: ¿no debemos juzgar éticamente condenable todo acto que consista en matar o en dejar morir a una persona?

La primera de las cuestiones no resulta fácil de resolver, en tanto que estamos enfrentando dos valores que se juzgan, *a priori*, absolutos: el valor de la vida humana, sin la cual, ningún otro bien puede disfrutarse; y el valor de la libertad personal, una conquista histórica que no permite retrocesos. David Rodríguez-Arias propone justificar excepciones a esos valores. Así, destaca la especial relevancia de la calidad de vida cuando hablamos de limitar el valor absoluto «vida». Ahora bien, resulta conflictivo tratar de concretar los criterios en base a los cuales sería posible determinar la calidad de vida por debajo de la cual estaría permitido un legítimo ejercicio de la libertad del individuo a poner fin a su vida. La idea de calidad de vida, en este sentido, oscila entre un subjetivismo absoluto (que entiende que aquella depende

¹² Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia (624/000002), Texto Remitido por el Congreso de los Diputados, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, XIV LEGISLATURA, Núm. 130 29 de diciembre de 2020, pp. 16 y ss.

de los valores personales, esto es, de la satisfacción personal, que será diferente en cada persona e incluso en la misma persona a lo largo del tiempo), y un objetivismo absoluto (que entiende que la calidad de vida puede cuantificarse en base a criterios objetivos)¹³.

En nuestro contexto cultural, el principio de autonomía del paciente informa la relación asistencial, y aceptamos en términos generales que el paciente sea quien tome las decisiones acerca de su salud, bien con actualidad, bien a través de directivas anticipadas. Es decir, se respeta que, en base a sus intereses personales, sea él quien elija entre las alternativas terapéuticas disponibles o pueda rechazar someterse a un tratamiento. Observamos entonces que en esa libertad de decisión que la legislación garantiza al paciente, se reconoce implícitamente una forma de disponibilidad de la vida, en tanto que en una situación de enfermedad el individuo puede optar por rechazar un tratamiento que le salvaría de la muerte. Resulta paradójico que la máxima expresión de la autonomía del individuo se alcance, precisamente, terminando con ella.

Considerando, por lo tanto, que el ordenamiento ya concede legitimidad a esta forma de disponibilidad de la vida, debemos entonces cuestionar un rechazo categórico a otras formas de disponibilidad de este bien jurídico, como lo es a través de la eutanasia o del suicidio asistido.

Aunque la muerte es un proceso natural que comienza en el mismo momento en el que comienza la vida, se la prefiere considerar como un acontecimiento con un comienzo y un final definidos, desencadenado por una causa concreta¹⁴. Actualmente, la tecnología biomédica juega un papel importante en el proceso natural de la muerte, en la medida en que facilita elegir el momento en el que esta acontece. Es por ello que cabe plantearse la segunda de las cuestiones anteriormente mencionadas: hasta qué punto es éticamente aceptable el uso de la tecnología desarrollada por el ser humano, bien con la intención de poner fin a la vida del enfermo con graves sufrimientos que así lo pide, antes de lo que lo haría el curso natural de los acontecimientos; bien evitando interferir en el curso natural de una muerte inminente, no impidiéndola.

Precisar si puede resultar éticamente aceptable el acto de matar o de dejar morir, exige partir de que la eutanasia está dotada de significado moral, por lo que cabría plantearse por qué la eutanasia pasiva e indirecta (atípicas) parecen recibir mayor aceptación que la eutanasia directa (tradicionalmente típica en nuestro país); es decir, que mientras la eutanasia directa implica un acto que se juzga injustificable, las otras formas de eutanasia podrían encontrar, por el contrario, justificación. Algunas personas atribuyen el sesgo de justificación de las diferentes modalidades de la eutanasia a la diferencia entre “matar” y “dejar morir”. David Rodríguez-Arias, sin embargo, apunta que desde la ética dicha distinción carece de relevancia moral. Desde un punto de vista deontológico –lo que Max Weber denominó “ética de las convicciones”– se puede juzgar determinada acción como moralmente buena, mala o indiferente en base a unos principios a los que se atribuye autoridad moral y que deben informar la consideración de toda acción, independientemente de las circunstancias y

¹³ RODRÍGUEZ-ARIAS, D. *Una muerte razonable. Testamento vital y eutanasia*, en concreto, pp. 49 y ss. Bilbao: Desclee de Brouwer, 2005.

¹⁴ Sobre la trascendencia de las diferencias entre actuar y omitir en relación a la práctica de la eutanasia, véase: ÁLVAREZ GÁLVEZ, I. “Sobre la equivalencia entre actuar y omitir... cit., en concreto, p. 284 y 285.

consecuencias en las que aquella se produzca. Contrariamente, desde un punto de vista consecuencialista, el juicio moral de una acción solo puede ser resultado de considerar las consecuencias de los actos. Mientras que desde un punto de vista deontológico, matar puede ser considerado moralmente peor que dejar morir (en base a un principio moral que así lo dicta), desde un punto de vista consecuencialista, matar no es necesariamente bueno, ni malo; ni mejor, ni peor que dejar morir. Rodríguez-Arias considera que una ética consecuencialista, a pesar de los desafíos que plantea, permite un abordaje de la cuestión más comprensivo y coherente que el punto de vista de una ética deontológica.

2. Dignidad de la persona y del cuerpo

Otra de las controversias bioéticas que rodean a la práctica de la eutanasia es la afectación de la dignidad humana. La muerte es inevitable, y la decisión de vivir ese proceso ha de estar informada por lo que el individuo considera que es digno. El debate sobre la cuestión se extiende entre juristas y filósofos, tanto por la continua apelación a este concepto cuando de abordar las cuestiones al final de la vida se trata, como por la imprecisión y amplitud de la categoría.

Como señala Víctor Méndez, se acepta de manera generalizada que la dignidad es aquel valor que singulariza al ser humano y que le convierte en acreedor de derechos. Es la categoría que fundamenta la diferencia entre lo humano de lo no humano, entre la persona como sujeto de derechos y el resto de cosas que hay en el mundo. De esta manera, se sitúa al ser humano en una posición jerárquica superior en la naturaleza. Frente a una interpretación ontológica del ser humano, que encuentra la justificación de esa superioridad en la espiritualidad –o divinidad– inherente al ser humano de la que carecen el resto de cosas que hay en el mundo, nos encontramos una interpretación antropológica, que observa el valor especial del ser humano en la libertad que posee y de la que emanan los valores y la norma moral y jurídica¹⁵.

Ambas interpretaciones han tendido a atribuir mayor dignidad al componente de la personalidad que al del cuerpo, conjunción que conforma al ser humano. La conciencia es lo que se considera más específicamente humano, en tanto que permite conocer el mundo y juzgar moralmente; mientras que el cuerpo es el componente material que tiende a la decadencia y en último término, a la podredumbre. Mientras que una concepción ontológica concede al cuerpo dignidad intrínseca en tanto que pertenece al orden de la naturaleza, para la concepción antropológica la dignidad del cuerpo no queda tan clara¹⁶.

Sirviéndonos de la dualidad de concepciones mencionadas, observamos que una concepción ontológica de la dignidad impondría el respeto a los acontecimientos naturales frente a la intervención humana: el ser humano no puede, por lo tanto, disponer de su vida ni de su cuerpo, ya que de hacerlo se descolocaría del orden natural de las cosas, perdiendo así su dignidad que está fundamentada en dicha naturaleza. Bajo la concepción antropológica no queda claro que el cuerpo posea dignidad, en tanto que pertenece a la naturaleza y la naturaleza no señala ni posee por sí misma otro valor que aquel que le otorgue el ser humano

¹⁵ MÉNDEZ BAIGES, V. “El ser humano, el cuerpo y la dignidad”, en *El Alzheimer: problemas éticos y jurídicos*, María Casado (Dir.), pp. 21-34. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

¹⁶ *Ibid.*

en el uso de su libertad y su razón. Para determinar, en un sentido antropológico, hasta qué punto se atenta contra la dignidad cuando el ser humano dispone de su vida y de su cuerpo, habrá que aproximarse a la ética y a los valores. Para conocer el valor que ha de otorgarse al cuerpo humano, será necesario realizar una aproximación pluridisciplinar, desde la ciencia médica, la sociología, y la antropología filosófica, de acuerdo con la concepción ética de la dignidad humana, que no se refiere a lo que el ser humano o su cuerpo es, sino a lo que debe ser respetado en ellos: su autonomía creadora del valor del ser humano. Esta concepción impone que las soluciones jurídicas sobre qué permitir o no en relación al cuerpo han de respetar siempre la libertad individual del ser humano. En conclusión, desde una perspectiva ontológica parece más sencillo refrendar rechazos categóricos a la posibilidad de disponer de la vida o el cuerpo, en tanto ello afectaría directamente a la dignidad humana; mientras que desde la perspectiva antropológica no puede deducirse taxativamente que aquellos sean indisponibles¹⁷.

No obstante, en el sentido que señala Víctor Méndez, interpretar la dignidad humana como un respeto estricto a la libertad individual –considerando que no hay nada valioso fuera de la autonomía individual–, resulta de todo punto erróneo. Para este autor, una vez considerada la libertad individual, habrá que estar a la libertad colectiva. De esta forma, las decisiones acerca de la disponibilidad de la vida y del cuerpo han de estar sujetas en primer lugar, a la libertad de decisión individual (y no a imposiciones categóricas no decidibles), y una vez respetada esta, habrá que considerar la voluntad de la autonomía colectiva (manifestada en la concepción de la que hace uso la sociedad en relación a la conciencia y el cuerpo, sobre la base de consideraciones sobre su naturaleza y valor). De manera que ante el caso de un enfermo terminal con graves sufrimientos que pide asistencia para adelantar y provocar intencionadamente su muerte, habría que, en primer lugar, respetar esa decisión individual que constituye un ejercicio legítimo de su autonomía, y en segundo lugar, someter a la discusión colectiva los valores que están en juego a la hora de tratar a este enfermo cuando se encuentre en una fase donde carezca de autonomía. De esta manera, llegado aquel momento, el sujeto no queda despojado de todo valor y deja de merecer cuidados, sino, todo lo contrario, corresponde a la colectividad decidir qué tipo de cuidados deben prestársele y hasta qué punto¹⁸.

IV. LA INEFICAZ GESTIÓN DEL SUFRIMIENTO: INACCESIBILIDAD E INEFECTIVIDAD DE LOS CUIDADOS PALIATIVOS

Uno de los aspectos que más conexión encuentra con la dignidad de la persona en el tema que nos ocupa tiene que ver con la gestión del sufrimiento de enfermos con graves padecimientos psíquicos y físicos, por parte de los agentes sanitarios. Creo que hay algo en este debate en el que todas las partes parecen estar de acuerdo: las personas queremos morir sin sufrimiento, o con el menor sufrimiento posible. La muerte es inevitable, pero, gracias al avance de la Medicina, el sufrimiento sí se puede paliar. Sin embargo, es la tecnología biomédica la que posibilita, en muchas ocasiones, prolongar una vida de sufrimientos insoportables¹⁹.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ BOLADERAS, M. El derecho a no sufrir. Argumentos para la legalización de la eutanasia, pp. 53. Barcelona: los libros del lince, 2009.

David Callahan subraya que el objetivo de la Medicina contemporánea ha de ser, primeramente, luchar contra la enfermedad, pero cuando a pesar de los esfuerzos llegue inevitablemente el momento de morir, el objetivo será lograr que el paciente lo haga en paz. La doctrina católica se muestra a favor de esta postura. Fue el Papa Pío XII en el año 1957 quien, en relación a la sacralidad de la vida, manifestó que esta no es un bien absoluto que haya que defender a cualquier precio. La Medicina no debe acortar, pero tampoco prolongar deliberadamente la vida de una persona²⁰.

Los cuidados paliativos han constituido la alternativa a la eutanasia por la que la mayoría de países han apostado. No obstante, aunque la garantía de esta prestación sanitaria es proclamada por las legislaciones de prácticamente todos nuestros países vecinos, la realidad, al menos en nuestro país, nos muestra una situación lamentable. En España, el sufrimiento aún ocupa un lugar importante al final de la vida de muchas personas: ciento veinte mil enfermos al año necesitan cuidados paliativos y no son ni la mitad de ellos los que efectivamente acceden a ellos. Un informe de *The Economist* sitúa a España en el puesto 14 a nivel europeo en lo que se refiere al disfrute de estos cuidados. El acceso a los cuidados paliativos en nuestro país está condicionado a la enfermedad y al lugar donde el paciente viva. Además, a la carencia de medios materiales en ocasiones se suma la difusa línea entre la buena y la mala praxis, esto es, entre el acompañamiento con respeto a la autonomía del paciente en el proceso de morir y la obstinación terapéutica²¹.

Sin embargo, y como apunta Margarita Boladeras, aunque existiera de manera efectiva un acceso a cuidados paliativos por parte de todos los enfermos en necesidad, dicho acceso no garantiza su efectividad en todos ellos. ¿Qué debemos hacer entonces con las personas que sufren sin alivio posible y que, al no poder poner fin a su vida ellas mismas, piden auxilio a un tercero? Cuando consideramos que los cuidados paliativos no son la panacea, descubrimos una parte importante del debate en torno a la conveniencia de despenalizar la eutanasia. Para aquel colectivo de pacientes a los que los cuidados paliativos no resultan efectivos, la opinión se divide entre los que se oponen a la despenalización de la eutanasia activa directa y el suicidio asistido –alegando que dicha despenalización podría derivar en una permisividad sin límites, lo que se ha venido a denominar «pendiente resbaladiza»–; y los partidarios de la despenalización –considerando que no resulta legítimo ignorar las peticiones de ayuda del paciente a poner fin a su vida y ser cómplices de tan grave sufrimiento que desencadenará tarde o temprano en una muerte segura²².

V. LA «PENDIENTE RESBALADIZA»

El argumento de la pendiente resbaladiza ha sido argüido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con ocasión del caso de Diane Pretty, paciente de ELA con graves dolores que no aliviaban los calmantes. A nivel nacional se rechazó toda pretensión

²⁰ PIO XII. “Discurso ‘Le neuvième Congrès’ al IX Congreso Internacional de la Sociedad Italiana de Anestesiología, en B. A. C. El don de la vida. Textos del Magisterio de la Iglesia sobre Bioética. Madrid, B.A.C, 1957. Citado por: RODRÍGUEZ-ARIAS, D. *Una muerte razonable...* cit.

²¹ JOSÉ MARÍA ESTROPÁ TORRES. “Voluntades anticipadas, paliativos, eutanasia. ¿Quién decide?” *El Notario del S. XXI*, núm. 95, 2021.

²² BOLADERAS, M. El derecho a no sufrir. Argumentos... cit., pp. 87 y ss.

de eximir de responsabilidad a su marido si le prestaba ayuda a morir. Finalmente, el caso llegó al TEDH, que sentenció que el derecho a la vida no incluye un derecho a morir ni a escoger la muerte por encima de la vida, y que reconocer ese extremo aumentaría el riesgo de abuso en la interpretación de ese derecho. Finalmente, la señora Pretty moriría unos días después sufriendo unos dolores terribles, como ella no quería. La postura del TEDH ha sido criticada por la doctrina, puesto que lo jurídicamente opuesto al derecho a la vida es la obligación de vivirla y no la muerte, que sería lo biológicamente opuesto a ella²³.

En este contexto, autoras como Ana María Marcos subrayan la peligrosidad de la aprobación de una Ley que regule la eutanasia en los términos en los que lo ha hecho nuestro país, destacando un aspecto importante: el Derecho ya ofrece soluciones jurídicas para resolver casos concretos, por lo que legislar con la mirada puesta en ellos puede entrañar un riesgo de abuso de los límites jurídicos establecidos²⁴.

En efecto, la formulación del Derecho podría permitir una interpretación flexible protectora de las pretensiones de los individuos que quieren poner fin a su vida, como sucedió en el caso de Piergiorgio Welby. En este caso, el tribunal competente italiano consideró inimputable al médico que ayudó a morir al señor Welby, al concurrir en su conducta la eximente del deber de socorro. Esta interpretación abre la puerta, como señala Amadeo Santosouso, a la posibilidad de responsabilizar al facultativo no solo en conductas negligentes por no hacerse cargo del sufrimiento psíquico del paciente, sino también de responsabilizarle ante una petición ignorada de aquel paciente que pide que se interrumpa su tratamiento. El conflicto es evidente: por una parte, el facultativo debe responder a ese deber de hacerse cargo del sufrimiento psíquico de su paciente, a la vez que se encuentra ante el riesgo de ser castigado por practicar una eutanasia activa directa o un suicidio asistido²⁵.

La experiencia regulatoria de los Países Bajos ha servido de sustento sólido al argumento de la pendiente resbaladiza. En este Estado, si bien la ayuda a morir queda, en un principio, despenalizada en supuestos concretos, los límites que definen los mismos se han difuminado a lo largo del tiempo (llegándose a aplicar a supuestos alejados objetivamente de los tasados en la ley), y se ha observado un crecimiento sustancial en el número de eutanasias practicadas desde la aprobación de la Ley²⁶.

No obstante, frente al argumento de la pendiente resbaladiza siempre estarán los que recalquen que un aumento de casos de eutanasia que siguen a la despenalización de dicha práctica, se puede deber, más que a un abuso de los límites jurídicos, a la publicidad de casos que hasta entonces se han producido en la clandestinidad, por el miedo a las represalias penales que podrían sufrir los facultativos²⁷.

²³ *Ibíd*, en concreto, pp. 100 a 103.

²⁴ MARCOS DEL CANO, A.M. La eutanasia: ¿ante un nuevo derecho? Seminario Permanente del Departamento de Filosofía Jurídica, 2020. Disponibilidad y acceso: <https://canal.uned.es/video/5e5774635578f2219650e722> (consultado el 22 de febrero de 2021).

²⁵ Véase: BOLADERAS, M. El derecho a no sufrir. Argumentos... *cit.*, pp. 104 a 108.

²⁶ MARCOS DEL CANO, A.M. ¿Es necesaria la regulación jurídica de la eutanasia en España? El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 79, 2019.

²⁷ RODRÍGUEZ-ARIAS, D. *Una muerte razonable...* *cit.*

VI. CONCLUSIONES

Sostenida en el tiempo o no por más o menos individuos, la demanda de despenalización de la eutanasia y del suicidio asistido la formulan personas que se sienten perjudicadas de manera grave por una mala legislación. Sin embargo, optar por una despenalización de la eutanasia parece entrañar una amenaza para valores fundamentales que informan el Estado social y democrático de Derecho. Por ello, una propuesta regulatoria que despenaliza y da cabida en nuestro orden constitucional a la práctica de la eutanasia y del suicidio asistido ha de ser extremadamente cuidadosa en su aplicación, buscando siempre garantizar la seguridad jurídica a través de la protección de los límites tasados en la ley.

BIBLIOGRAFÍA

- Alegre Martínez, M.A.: “El derecho a la vida como derecho a nacer”. *Estudios de Deusto*, núm 1, vol. 60, 2012.
- Álvarez Gálvez, I.: “Sobre la equivalencia entre actuar y omitir. A propósito de la eutanasia activa y pasiva”, en *Hacer o no hacer. La responsabilidad por acciones y omisiones*, Rosana Triviño y Textu Ausín (Eds.). Madrid: Plaza y Valdes, 2017.
- Boladeras, M.: *El derecho a no sufrir. Argumentos para la legalización de la eutanasia*. Barcelona: Los Libros del Lince, 2009.
- Congreso de los Diputados. Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia. Boletín Oficial de las Cortes Generales 122/000020.
- Estropá Torres, J.M.: “Voluntades anticipadas, paliativos, eutanasia. ¿Quién decide?” *El Notario del S. XXI*, núm. 95, 2021.
- Llamazares Fernández, D.: *Derecho de la Libertad de Conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*. Navarra: Aranzadi, 2007.
- Marcos del Cano, A.M.: “¿Es necesaria la regulación jurídica de la eutanasia en España?” *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 79, 2019.
- Marcos del Cano, A.M.: *La eutanasia: ¿ante un nuevo derecho?* Seminario Permanente del Departamento de Filosofía Jurídica, 2020. Disponibilidad y acceso: <https://canal.uned.es/video/5e5774635578f2219650e722> (consultado el 22 de febrero de 2021).
- Méndez Baiges, V.: “El ser humano, el cuerpo y la dignidad”, en *El Alzheimer: problemas éticos y jurídicos*, María Casado (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- Pio XII: “Discurso ‘Le neuvième Congrès’ al IX Congreso Internacioal de la Sociedad Italiana de Anestesiología, en B. A. C. El don de la vida. Textos del Magisterio de la Iglesia sobre Bioética. Madrid, B.A.C., 1957.
- Programa de Eutanasia. Enciclopedia del Holocausto. <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/euthanasia-program-abridged-article> (consultado el 22 de febrero de 2021).
- Rodríguez-Arias, D.: *Una muerte razonable. Testamento vital y eutanasia*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2005.
- Sampedro, R.: *Cartas desde el infierno*. Planeta: Barcelona, 2004.
- Tarodo Soria, S.: *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2005.
- Tomás-Valiente, C.: *Posibilidades de regulación de la eutanasia solicitada*. Documento de trabajo 71/2005, Fundación alternativas, Madrid, 2005.

En defensa de la Constitución ante algunas previsiones de los vigentes acuerdos con la Iglesia Católica

Paulino César Pardo Prieto

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado. Universidad de León.
paulino-cesar.pardo.prieto@unileon.es

Recibido
9 febrero 2021

Aceptado
23 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Derechos
fundamentales;
Acuerdos Estado;
Iglesia católica;
Laicidad; Constitución.

KEYWORDS

Fundamental rights;
Agreements State;
Catholic Church;
Secularism;
Constitution.

Resumen

Los concordatos difícilmente encuentran encaje en ordenamientos democráticos. Ello es así porque no es posible deducir de los presupuestos ideológicos de la jerarquía católica contenidos para el pacto que mejoren la garantía que el Estado pluralista proporciona al derecho de libertad religiosa. A través de un acercamiento a varias cláusulas de los acuerdos vigentes con la Iglesia católica comprobamos la importancia capital de una lectura de los acuerdos integrada en la Constitución y ajena a los postulados eclesiales.

In defence of the Constitution in the face of certain provisions of the current agreements with the Catholic Church

Abstract

Concordats do not fit well in democratic systems. The ideology of the Catholic hierarchy does not offer contents for the pact that improve the guarantee that the pluralist State provides to the right of religious freedom. Through the study of several clauses of the agreements in force with the Catholic Church, we can verify the capital importance of interpreting the agreements in accordance with the Constitution and outside the ecclesiastical postulates.

I. Nuestro punto de partida – II. La eficacia civil del matrimonio canónico – III. La pretendida extraterritorialidad de los documentos, archivos y registros eclesiásticos – IV. Autonomía interna de la iglesia, derecho canónico y derecho común especial – V. ¿Respeto solo para los valores de la ética cristiana y los sentimientos de los cristianos? – VI. Una materia mixta y un monarca que actúa en contra del derecho de libertad religiosa – VII. Algunas conclusiones (en defensa de la Constitución) – Bibliografía

I. NUESTRO PUNTO DE PARTIDA

Es la Constitución quien determina el régimen que corresponde a los acuerdos con la Iglesia católica dentro del ordenamiento jurídico español.

Esto es, de una parte, lo concordado guarda una relación de instrumentalidad, especialidad, singularidad o, sencillamente, se conformará como Derecho común, respecto a los derechos reconocidos en la Norma Suprema; de otra, lo pactado ha de ser respetuoso con la laicidad, principio superior del modelo de Estado diseñado en ella¹.

Consecuencia de aquella primera afirmación es que la Constitución –y su progresivo desarrollo a lo largo y ancho del ordenamiento jurídico–, convierte en superfluas la inmensa mayoría de normas pactadas con el catolicismo.

Unas, porque remiten expresa o tácitamente al Derecho común; por ejemplo, así ocurre en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la referencia al libre y público ejercicio de actividades religiosas (artículo I.1), al trámite de expropiación (artículo I.5), a la inviolabilidad de los archivos eclesíasticos (I.6), a la libertad de comunicar, publicar o dictar normas (artículo II) o al desempeño de actividades benéficas o asistenciales (artículo V, apartados 1 y 2). Otras, porque son normas meramente instrumentales, como los preámbulos, las disposiciones transitorias o las cláusulas derogatorias. Las únicas normas verdaderamente interesantes son aquellas que incorporan un derecho especial o singular. Pero estas son muy escasas. Por ejemplo, en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, hay varias normas de Derecho especial que modulan la adquisición de capacidad jurídica y la capacidad de obrar de entidades católicas (artículos I, II y V), señalan ciertas particularidades a la demolición de lugares sagrados (artículo I.5), garantizan la asistencia religiosa en centros públicos o privados (artículo IV) o la posibilidad de contraer matrimonio a través de la forma matrimonial canónica (artículo VI y concordantes). Y solo hay una norma de Derecho singular, la relativa al descanso (artículo III), dirigida a facilitar a los católicos un ejercicio de ese derecho en el ámbito de las relaciones laborales más adecuado a sus creencias y a los mandatos religiosos.

Estas últimas normas hasta podrían justificar la suscripción de acuerdos como fórmula para mejorar en favor del Derecho de libertad religiosa las previsiones unilaterales del Estado pero, ni siempre es más favorable a la creencia que el régimen general ni siempre parece del

¹ Sobre estos aspectos véase PARDO, P.C., y DA COSTA, S., (dirs.), *Constitución, leyes de libertad religiosa, acuerdos, derecho común. Actas del I Congreso Internacional Hispano-Portugués sobre Libertad religiosa, celebrado en León los días 22 y 23 de octubre de 2009*, León, 2010; en particular, las contribuciones de SOUTO PAZ, J.A., “La Ley Orgánica de Libertad Religiosa y su reforma”, pp. 47-62; CALVO ESPIGA, A., “Laicidad del estado vs. sociedad pluralista”, pp. 69-98; CUBILLAS RECIO, L.M., “Los acuerdos de cooperación y las demás técnicas de conexión interordenamientos”, pp. 101-142; MARTÍNEZ TORRÓN, J., “Estatuto jurídico de las minorías religiosas sin acuerdo de cooperación en España”, pp. 165-176 y, muy especialmente, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Libertad religiosa y Derecho común en el ordenamiento español: Presupuestos conceptuales”, pp. 179-206.

todo adecuado a las premisas de la cooperación, especialmente a la igualdad en la libertad de conciencia y su corolario la laicidad².

Atendamos ahora a ese otro aspecto.

El principio de laicidad, con mayor o menor fortuna, aparece en el artículo 16, apartado 3º, inciso primero: “Ninguna confesión tendrá carácter estatal”. Como es sabido en el primer borrador de la Constitución, el artículo 3 recogía el literal del mismo artículo de la Constitución de la II República –“el Estado español no es confesional”–, por su lado, el artículo 17, equiparaba en cuanto a su garantía, las libertades religiosa e ideológica. Se tomaba, entonces, como referencia el Derecho francés y el artículo 4 de la Ley Fundamental de Bonn.

A pesar de ello, será en la redacción del Anteproyecto de la C.E. donde se perfilen los actuales contenidos constitucionales relativos a la laicidad: De una parte, queda incorporada la obligación de los poderes públicos de garantizar y promover los derechos fundamentales individuales en los actuales artículos 9.2 y 53 CE, determinando el artículo 16 la obligación del Estado de garantizar la libertad ideológica y religiosa (apartado primero) y repitiendo ahora, casi al pie de la letra, el contenido del artículo 137.1 de la Constitución alemana de Weimar. De otra, es en este momento cuando se concreta el contenido del artículo 14 de la Constitución, en el que se reconocerá la igual libertad entre creencias ideológicas y religiosas.

Laicidad equivale a garantía de libertad y, en esto, el concepto de laicidad positiva a que se refiere el Tribunal Constitucional español está muy próximo al elaborado por el Consejo de Estado francés:

- 1) Las creencias religiosas son apreciadas en tanto que es valorado positivamente el igual derecho de todos los ciudadanos a opinar y creer, a elegir entre las varias ideologías y creencias y a optar por alguna de ellas.
- 2) Al Estado le ha sido prohibido intervenir a favor, en contra o en la vida interna de las confesiones, salvo que en el seno de éstas llegaran a ponerse en peligro los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.
- 3) Es exigida la rigurosa coherencia de la acción estatal con los principios superiores, el mínimo ético que configura su carácter o identidad, manteniendo la fe al margen de la toma de decisiones.

El Estado, eso sí, al tiempo que defiende y protege los valores comunes, persigue y sanciona los valores diferenciales que entren en contradicción con ellos³.

Conviene tener muy presente esos elementos caracterizadores del principio superior constitucional para contextualizar adecuadamente los acuerdos entre el Estado español y la

² Un estudio pormenorizado en PARDO PRIETO, P.C., *Laicidad y acuerdos del Estado con confesiones religiosas*, Tirant lo Blanch, 2008.

³ Sobre estos aspectos LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Conciencia y Derecho: Conferencia pronunciada por el padrino de la promoción anual de la Facultad de Derecho el día de la festividad de San Raimundo de Peñafort”, en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 5, 2018, pp. 10 y siguientes, así como la bibliografía allí citada.

Santa Sede de enero de 1979 y extraer las adecuadas conclusiones. Comenzando por una muy obvia: no es posible sustituir la vigencia de los principios constitucionales por otros explícita o implícitamente convenidos por las partes.

Porque esa sustitución se intentó desde el primer momento. Y es que, a juicio de una parte de la doctrina, del Preámbulo del Acuerdo de 28 de julio de 1976 y de ciertas disposiciones de 1979, resultarían unos principios informadores ajenos al ordenamiento estatal y no siempre ajustados, en la concepción que esos autores pretenden, a los valores superiores de la Constitución de 1978.

El Preámbulo y el artículo VII del AAJ son dos componentes característicos de esa argumentación, al indicar uno que las partes concluyen el acuerdo *prosiguiendo la revisión del Concordato vigente* (el de 1953) y, el otro, que Estado e Iglesia procederán de común acuerdo a la resolución de las posibles dudas suscitadas en su interpretación o en su aplicación, *inspirándose en los principios que lo informan*⁴.

No puede aceptarse tal planteamiento. A pesar de las quejas de un sector de la doctrina jurídica⁵ o, eventualmente, de la Santa Sede⁶, sólo cabe decir, como bien pronto hizo el Tribunal Constitucional en relación al Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, que: “...los principios son, ahora, el de aconfesionalidad y el de exclusividad jurisdiccional, y a ellos se ha respondido en materia concordataria por el acuerdo con la Santa Sede (...)”⁷.

Estas premisas que acabamos de proponer, nos advierten de hasta qué punto es inadecuado argumentar, como se hace, que los Acuerdos “obligan” a algo distinto de lo determinado por otras normas del ordenamiento jurídico. También nos sitúan ante una realidad que, a menudo,

⁴ Vid., por todos, CORRAL, C., “La vía española de los convenios específicos”, en *Estudios eclesíasticos*, núm. 201, 1977, p. 172; FORNÉS, J., La revisión concordataria en España mediante los Acuerdos de 1976 y 1979, en *Ius canonicum*, vol. 19, núm. 37, 1979, pp. 35 y ss.; LOMBARDÍA, P., FORNÉS, J., *Fuentes del Derecho Eclesiástico español*, en VV.AA., *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona, 1994, pp. 352-353.

⁵ Vid. FUENMAYOR CHAMPÍN, A., “Tratamiento civil del matrimonio canónico en la legislación y la jurisprudencia, a partir de los Acuerdos con la Santa Sede de 1979”, en *Acuerdos Iglesia-Estado español en el último decenio: su desarrollo y perspectivas*, 1987, pp. 113 y ss.

⁶ Ad. es., *Notas de la Nunciatura de 15 de octubre de 1980 y de 27 de enero de 1981*, citadas por FUENMAYOR CHAMPÍN, *Tratamiento civil del matrimonio canónico...*, op. cit., pp. 111-112. Las críticas eclesiales traían causa de la regulación sobre matrimonio que comienza a introducir el RDL 22/1979, de 29 de diciembre (BOE de 5 de enero de 1980), continúa la Ley 78/1980, de 26 de diciembre (BOE de 10 de enero de 1981) y consolida la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE del 20).

⁷ Cfr. STC 1981/1 de 26 de enero, FJ 8. En esa dirección apunta BUENO SALINAS, S., “Relacions entre confessions religioses i religions o nacionalitats”, en *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias. Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Barcelona, 1994, 1996*, p. 265, y también OREJA AGUIRRE, M., “La negociación de los acuerdos concordatarios vigentes entre España y la Santa Sede”, en *Los concordatos, pasado y futuro: Actas del Simposio Internacional de Derecho Concordatario, Almería 12-14 de noviembre de 2003, 2004*, p. 95.

permanece oculta: Son muy pocas las normas concordadas que tienen verdadera incidencia en la práctica.

A continuación, señalaremos, por vía de ejemplo, unos cuantos casos en los que se cumplen una y otra afirmación.

II. LA EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO CANÓNICO

Relativa esencialmente al matrimonio, naturaleza de norma instrumental es la que corresponde a la Disposición Transitoria Segunda, al remitir a lo previsto en el artículo XXIV del Concordato de 1953 la tramitación y eficacia civil de las causas pendientes ante los tribunales eclesiásticos. El Tribunal Constitucional ha declarado que, conforme a esta Disposición Transitoria Segunda, la eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial y su efecto constitutivo sobre el estado civil de los cónyuges, se producía antes de la Constitución con la simple anotación de la decisión canónica en el Registro Civil, se trataba de la técnica del reconocimiento de efectos⁸.

Valor meramente declarativo es el que cabe atribuir al apartado 3º del artículo VI, donde “...la Santa Sede afirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales”. En los momentos inmediatamente posteriores a la celebración de los Acuerdos, numerosos canonistas quisieron ver que el artículo VI, en su conjunto, daba pie a un sistema matrimonial de tipo facultativo en el que los contrayentes elegirían no sólo entre dos formas de matrimonio, civil o católica, sino entre dos regulaciones, la estatal y la canónica; a mediados de los ochenta, en cambio, no había duda de que el Acuerdo, al recoger esa afirmación, no venía más que a hacerse eco de la peculiaridad del Derecho de la Iglesia frente al del Estado⁹.

⁸ Véase, por todas, la STC 6/1997, de 13 de enero, FFJJ 5 y 6. Sobre el argumento RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “En torno a la Disposición Transitoria Segunda del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos suscrito entre España y la Santa Sede (consideraciones sobre el Auto del Tribunal Constitucional 789/1987 de 24 de junio)”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. IV, 1988, pp. 563 y ss., o su monografía *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1992, pp. 77 a 82.

⁹ Véase NAVARRO VALLS, R., “El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1979, pp. 112-142; DIEGO LORA, C. de, “La eficacia en el orden civil de las resoluciones eclesiásticas en materia matrimonial”, en *Ius canonicum*, vol. 19, núm. 37, 1979, pp. 207 y ss.; FUENMAYOR CHAMPÍN, A., “El marco del nuevo sistema matrimonial”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1979, pp. 261-303; LÓPEZ ALARCÓN, M., “Repercusiones de la Constitución española sobre la jurisdicción matrimonial”, en *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Salamanca, 1979, pp. 197-233. En contra de estos planteamientos, REINA, V., “El sistema matrimonial español”, en *Los Acuerdos concordatarios españoles y la revisión del Concordato italiano, 1980*, pp. 337-338; CUBILLAS RECIO, L.M., *El sistema matrimonial español y la cláusula de ajuste al derecho de Estado: técnicas jurídicas y factores determinantes*, Valladolid, 1985, pp. 173-174; VALLADARES RASCÓN, E., “El principio de igualdad ante la ley y el sistema matrimonial”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 65, Mes 1, 1981, pp. 307 y ss.

El Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos se refiere, por último, a la eficacia civil de la regulación canónica sobre el matrimonio.

Desde el punto de vista canónico, cuando nos referimos al matrimonio estamos ante un sacramento¹⁰, sujeto a la regulación y jurisdicción exclusiva de la Iglesia católica¹¹. Una institución muy distinta a la civil y hasta contraria, en muchos aspectos, a los principios inspiradores del ordenamiento estatal¹², así lo terminan por revelar sus fines y propiedades, configuración del consentimiento, perfección, requisitos de capacidad, impedimentos, causas de dispensa, disolución o nulidad del matrimonio y los procedimientos a seguir para obtenerlas o para obtener la declaración de nulidad¹³.

La Constitución, por su parte, en el artículo 32, inciso primero, señala: “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”. A continuación, reserva al Estado la regulación del mismo: “*La ley regulará las formas del matrimonio, la edad, la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*”¹⁴; una reserva que es congruente con el principio de igualdad (artículo 14 CE) –del que el primer inciso es una concreción– y con los otros principios del ordenamiento, pluralismo (artículo 1.1), libertad de conciencia (artículo 16.1), personalismo (artículo 10.1) y laicidad (artículo 16.3, primer inciso)¹⁵. Más congruente aún resulta dicha reserva si tenemos en cuenta que el artículo 39 de la Constitución impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos, iguales como son ante la ley, o que, como corresponde a un sistema democrático que propugna como valor superior de su ordenamiento la justicia, los artículos 117 y 24 de la Constitución determinan la unidad de la jurisdicción en orden a obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de todas las personas, a través del juez ordinario, en un proceso público seguido con todas las garantías.

A través de esos artículos, el Estado, partiendo del concepto de soberanía, determina su primacía sobre la institución matrimonial tanto para decidir cuándo comienza a surtir efectos,

¹⁰ Cán. 1012 CIC (1917) y 1055 CIC (1983).

¹¹ Cán. 1960 y 1016 CIC (1917) y 1671 y 1059 CIC (1983); o el art. 2 de la *Instrucción que deben observar los tribunales diocesanos e interdiocesanos al tratar las causas de nulidad del matrimonio*, de 25 de enero de 2005.

¹² LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D, *El Sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, Madrid, 1995, pp. 28-59. Toda la obra se dirige a realizar una pormenorizada comparación de esos tres matrimonios.

¹³ Constatándose, incluso, importantes contradicciones entre ordenamiento procesal civil y canónico, como han puesto de relieve, entre otros, SOUTO PAZ, J.A., *Derecho matrimonial*, Madrid, 2000, pp. 97 en adelante; SUÁREZ PERTIERRA, G., “Matrimonio civil y matrimonio eclesiástico: dos sistemas jurídicos diversos”, en *Actualidad Jurídica*, núm. VIII, 1981, DELGADO DEL RÍO, G., *El divorcio católico. Un sitio a la verdad*, Palma de Mallorca, 1998, p. 36 y ss.

¹⁴ *Vid.* artículo 32.2 CE.

¹⁵ LLAMAZARES CALZADILLA, M^a.C.; PARDO PRIETO, P.C.; “Transexualidad y derecho a contraer matrimonio en España hoy ¿una luz al final del túnel?” en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado [San Sebastián, 1 al 3 de junio del año 2000]*, 2001, pp. 563 y ss.

cuándo cesan y en qué términos se despliegan durante la vigencia del negocio jurídico¹⁶. Y ha de ser así, además, porque el ejercicio de los derechos a formar una familia y a contraer matrimonio no puede dar lugar a distinciones por razón de las creencias¹⁷; es esta una premisa que se proyecta sobre las distintas formas matrimoniales, incluso sobre las no religiosas, y, más en general, sobre las distintas modalidades de convivencia en familia¹⁸.

Por eso, la Sentencia 644/2002 de 27 de junio de 2002 de la Sala Civil del TS precisa que, tanto la libertad religiosa e ideológica –reconocidas por la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por España–, como la laicidad o aconfesionalidad del Estado, conducen a que podrá estar de acuerdo una persona en someterse al cauce procesal canónico y atenerse a las consecuencias que se deriven de la resolución que se dicte pero el ordenamiento civil no puede obligar a nadie a que se atenga a dichas consecuencias, cuando oponga bien sus convicciones o bien su mero interés, de modo que bastaría una alegación en este sentido de la parte demandada para que no deba el juzgado de instancia aceptar la eficacia civil de la resolución canónica¹⁹.

¹⁶ Cfr. CUBILLAS RECIO, L.M., *El sistema matrimonial español...*, *op. cit.*, pp. 173-174. Otros aspectos relacionados con el alcance del precepto en VALLADARES RASCON, E., “El derecho a contraer matrimonio y la Constitución”, en *Aranzadi civil*, núm. 9, 2005, pp. 29-38; PARDO PRIETO, P.C., “Los artículos 32 y 39 de la Constitución española en los trabajos parlamentarios previos”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte*, Volumen II, 1999, Valencia, pp. 721-728.

¹⁷ Vid. FERNÁNDEZ - CORONADO, A.; “La eficacia civil de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado y su adecuación a los principios constitucionales. (A propósito de la STC 328/1993, de 8 de noviembre)”, en *Derecho Privado y Constitucional*, núm. 3, 1994 p. 371; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia...*, *op. cit.*, 1991, pp. 1082 y ss. En contra, FUENMAYOR CHAMPÍN, A., *Revisar el divorcio. Tutela de la indisolubilidad matrimonial en un Estado pluralista*, Berriozar, 2000, pp. 71-72; MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J.L., “La familia en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, enero-abril, 2000, pp. 35-36.

¹⁸ Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *El sistema matrimonial español...*, *op. cit.*, pp. 11 y ss; MARTINELL, J.M., y REINA, V., *Las uniones matrimoniales de hecho*, Madrid, 1996, pp. 34-36; SOUTO PAZ, J.A., *Derecho matrimonial...*, *op. cit.* pp. 95-96. Sobre los argumentos de quienes no aceptan un tan amplio e igual reconocimiento a matrimonios y, menos aún, parejas de hecho, vid. NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1995, pp. 80 a 106.

¹⁹ De acuerdo con el razonamiento expuesto en el Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia: “Efectivamente, para resolver la presente cuestión, consistente en dar eficacia civil con los efectos oportunos a una sentencia canónica de nulidad de matrimonio; hay que partir de una base incuestionable como es la aconfesionalidad del Estado Español, principio establecido en el artículo 16-2 de la Constitución Española que no hace otra cosa que recoger lo proclamado en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la O.N.U., de 10 de diciembre de 1.948, que proclama la libertad religiosa de una manera absoluta. Pues bien, partiendo de la base que una cosa es reconocer a la Iglesia Católica las atribuciones propias de una jurisdicción en materia matrimonial, como se establece en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, y otra, muy distinta, dar eficacia incuestionable en el orden civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico (...). Ya que la cooperación del Estado con la Iglesia católica no implica automatismo en el reconocimiento de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos (Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1982, de 12 de diciembre)... en el presente caso, “la esposa no compareció en ningún momento del proceso” y si esa declaración se proclamó contra su voluntad (por no haber sido citada o emplazada en forma) o por afán propio (por principios ideológicos o por conveniencia),

III. LA PRETENDIDA EXTRATERRITORIALIDAD DE LOS DOCUMENTOS, ARCHIVOS Y REGISTROS ECLESIASTICOS

El Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos refiere algunas garantías relativas a comunicaciones, documentos, archivos y registros eclesiásticos, se ha querido ver en esa mención la base para sustentar un régimen privilegiario que aproximaría el estatuto de las entidades de la Iglesia al de las sedes diplomáticas extranjeras²⁰.

Tanto el apartado 6 del artículo I, como el artículo II AAJ reiteran, poniéndolos en relación con ciertas personas y entidades eclesiásticas, algunos aspectos de los derechos protegidos y garantizados por la Constitución española en los artículos 16.1 –la *libertad ideológica, religiosa y de culto* de los individuos y las comunidades–, 18 –*intimidad, honor y propia imagen; inviolabilidad del domicilio; secreto de las comunicaciones*– o 20.1 –*a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*–; derechos, a su vez, reconocidos en el artículo 2 de la LOLR.

El artículo II AAJ no aporta nada a lo que ofrece el 2.2 LOLR, respecto al genérico derecho de las entidades religiosas a divulgar y propagar sus doctrinas y a mantener libremente relaciones con sus propias organizaciones dentro y fuera del territorio nacional español.

La querida “extraterritorialidad” de las entidades eclesiásticas, se ha puesto a prueba en distintas ocasiones, incluso en medio de un fortísimo debate público. Citaré dos.

Una fue a raíz del denominado “*caso Gescartera*”. la alegación, en un recurso de reforma a presentar por el Arzobispado de Valladolid, de que el I.6 AAJ constituiría causa suficiente para no remitir a la Audiencia Nacional los datos contables que ésta le hubiera requerido²¹,

significaría, siempre y en todos los casos, que la resolución canónica que recaiga en el mismo no la puede afectar a efectos civiles pues (...) le ampara el principio, que ya se dijo que iba a ser la tesis rectora en el estudio de este motivo, la de la libertad religiosa establecida en el artículo 16 de dicho Texto y, sobre todo, el de la aconfesionalidad del Estado. Ya que podrá estar de acuerdo una persona en someterse a una contienda judicial matrimonial dentro del cauce procesal canónico, y así atenerse a todas las consecuencias que se deriven de la resolución que se dicte, pero lo que no se puede es obligar a nadie a que se atenga a las consecuencias de una resolución canónica, cuando voluntariamente no quiere someterse al proceso canónico matrimonial de la que la misma es consecuencia, ya sea por sus convicciones o, incluso, por su interés”. STS 4777/2002.

²⁰ Acerca de esas argumentaciones, véanse ROCA FERNÁNDEZ, M^a.J., “Interpretación del término ‘inviolabilidad’ en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos, de 3-I-1979”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* [RGDCDEE], núm. 29 (2012), pp. 1-14, y TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., “Significado y alcance del término inviolabilidad en el acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979”, en *Estudios eclesiásticos*, vol. 78, núm 307, 2003, pp. 774 y ss.

²¹ Leemos, en este sentido, que: “*En su negativa al requerimiento de la juez [junto a otros argumentos de índole procesal], el Arzobispado se escuda en el artículo 1.6 del Concordato (...) 'para solicitar la inviolabilidad de sus documentos', que considera 'privados'. Y añade que 'no alberga duda alguna respecto a la valoración e interpretación que el juzgado realizará del acuerdo internacional citado'*”; Cfr. *El País*, miércoles, 16 de enero de 2002.

fue agriamente desmentida tanto por la fiscalía²² como por el tribunal²³. La postura del metropolitano, respaldada por la Conferencia Episcopal Española y hasta por un sector de los representantes de la magistratura²⁴, no consiguió, desde luego, el refrendo judicial²⁵.

Otra, más reciente, a cuenta de la exhumación y traslado de los restos del dictador Franco desde el Valle de los Caídos. A juicio de la Sala “la inviolabilidad en no puede ir en contra de la aplicación de las “Leyes” cuando en ellas no haya nada que afrente, coarte o impida el pleno ejercicio de la libertad religiosa”²⁶ o, como había dicho meses antes la propia Sala: “...la inviolabilidad reconocida por el acuerdo internacional suscrito con la Santa Sede no excluye la vigencia y aplicabilidad de las leyes españolas en el interior de la Basílica. Esa inviolabilidad, dice el artículo 1.5) del Acuerdo de 3 de enero de 1979, es “con arreglo a las Leyes” y esas “Leyes” no pueden ser otras que las españolas, entre ellas la Ley 52/2007, porque en España se encuentra la Basílica”²⁷.

Por mi parte, no veo cómo podría justificarse excluir de la regulación común los documentos y archivos gestionados por la Conferencia Episcopal, las Curias episcopales, los Superiores Mayores de Órdenes y Congregaciones o, en fin, las Parroquias e instituciones eclesiásticas²⁸. Hemos de convenir, en beneficio de la subsistencia del I.6 y el II del AAJ, que estamos ante dos cláusulas redundantes. El contenido de los derechos a que se refieren no viene sino a repetir el ya definido por el Derecho estatal y, dado que tampoco detallan límites particulares ni en cuanto a esa inviolabilidad de archivos, registros y demás documentos, ni en cuanto a los sujetos individuales o colectivos implicados en el ejercicio de aquellas libertades de publicación o comunicación; los límites habrán de ser, por tanto, los señalados por el Derecho del Estado, esto es, el respeto a las leyes, a los derechos de los demás y el orden público, tal y como es entendido en una sociedad democrática²⁹.

²² La prensa se hacía eco de la opinión del fiscal LÓPEZ SÁNZ quien: “...rechaza de forma tajante el escrito presentado por los abogados del Arzobispado, en el que [alega] que su entrega podría constituir una vulneración de lo establecido en el Concordato con la Santa Sede”. *El País*, miércoles, 23 de enero de 2002.

²³ La actitud del Arzobispado “...creó un gran malestar en la Audiencia, donde recuerdan que la obstrucción a la justicia es delito. Ese juzgado, según fuentes cercanas al mismo, ‘no tolerará ninguna burla o afrenta’”; *El País*, jueves, 17 de enero de 2002.

²⁴ Sobre el asunto y en nombre de la Asociación Profesional de la Magistratura (APM), mayoritaria y conservadora: “...su portavoz dijo que la inviolabilidad de los documentos de la Iglesia, en principio, es ‘absoluta’ por la aplicación del artículo 1.6 del Concordato. ‘Es lo mismo que cuando hay un crimen cometido por un diplomático, no puede ser juzgado en el lugar en el que se cometió el crimen’”. *El País*, jueves, 17 de enero de 2002.

²⁵ *Cinco días*, 5 de febrero de 2002; en *cinco dias.com*.

²⁶ STS 1279/2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 30 de septiembre de 2019, FJ 6.

²⁷ STS 952/2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 8 de julio de 2020, FJ 4, letra D).

²⁸ Contra las interpretaciones maximalistas de la Iglesia, en las Cortes, el Grupo Parlamentario Federal Izquierda Unida presentó una *Proposición no de Ley*, fechada a 18 de enero, que, entre otras cosas solicitaba del Congreso instase al Gobierno a que: “...interese del Fiscal General del Estado, en los términos del artículo 8 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, las acciones necesarias para proteger la Constitución y el ordenamiento jurídico ante la actitud cercana a la insumisión jurídica de la jerarquía de la Iglesia católica española”. El texto en *izquierda-unida.es*, abril de 2002.

²⁹ *Vid.*, el artículo 3.1 LOLR, el 16.1 CE, o, en el ámbito internacional, el artículo 9.2 CEDH.

IV. AUTONOMÍA INTERNA DE LA IGLESIA, DERECHO CANÓNICO Y DERECHO COMÚN ESPECIAL

Para entender el sentido de la regulación actual, creo que resultará útil recordar cómo se contempló en el Concordato de 1953, concretamente, en su artículo II:

1. El Estado español reconoce a la Iglesia Católica el carácter de sociedad perfecta y le garantiza el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual y de su jurisdicción, así como el libre y público ejercicio del culto.

2. En particular, la Santa Sede podrá libremente promulgar y publicar en España cualquier disposición relativa al gobierno de la Iglesia y comunicar sin impedimento con los Prelados, el clero y los fieles del país, de la misma manera que estos podrán hacerlo con la Santa Sede.

Gozarán de las mismas facultades los Ordinarios y las otras Autoridades eclesiásticas en lo referente a su Clero y fieles³⁰.

En la actualidad, se refiere el artículo I del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos a la autonomía de la Iglesia, conectando dicha capacidad con el Derecho común de libertad de conciencia y el Derecho especial de libertad religiosa. Esto es, con el Derecho de asociación y con el derecho de todas las iglesias, confesiones y comunidades religiosas inscritas, a la plena autonomía y a establecer sus normas de organización, régimen interno y régimen de su personal (arts. 2.3 y 6 LOLR).

Lo contemplado en el artículo I AAJ excede con mucho un estudio como el que nos permite esta sede³¹, me centraré en los dos primeros apartados del mismo, cuyo literal es el siguiente:

³⁰ Concordato entre España y la Santa Sede de 27 de agosto de 1953 (BOE del 19 de octubre). Tan amplio reconocimiento de autonomía en favor de la Iglesia, limitaría años después la capacidad represora del régimen, así lo consideran acendrados franquistas: “En agosto de 1953 tuvo lugar la firma oficial del Concordato entre España y la Iglesia en Roma. Franco y su gobierno se sintieron sinceramente satisfechos. No les dolía hacer muchas concesiones a la Iglesia, ya que el Caudillo y sus hombres de mayor confianza como el almirante Carrero eran sinceramente católicos. Lo que no podían imaginar era que todas esas concesiones a la Iglesia se volvieran terriblemente en contra del Régimen como iba a ocurrir en las dos décadas siguientes. No cabe duda de que el Papa Pío XII y sus colaboradores más directos como el cardenal Ottaviani obraron de buena fe y que sentían un sincero aprecio por España, por su gobierno y la persona del Caudillo. Y de hecho se lo expresaron otorgándole una gran distinción: Caballero de la Milicia de Cristo, máxima condecoración de la Iglesia Católica”; NAVASCÚES, J., “65 años del Concordato de 1953. Una alianza de acero, dramáticamente traicionada”, en *Fundación Nacional Francisco Franco*, www.fnff.es, consultado en enero de 2021. No puede olvidarse que el Protocolo Final en relación con el artículo II establecía, nada más y nada menos, que: “Las Autoridades eclesiásticas gozarán del apoyo del Estado en el desenvolvimiento de su actividad y, al respecto, seguirá rigiendo lo establecido en el artículo 3 del Concordato de 1851”.

³¹ Para un estudio en profundidad y en la dirección que he dado a este trabajo, CASTRO JOVER, A. (dir.), *Los límites a la autonomía de las confesiones religiosas*, Pamplona, 2019.

1) *El Estado español reconoce a la Iglesia Católica el derecho de ejercer su misión apostólica y le garantiza el libre y público ejercicio de las actividades que le son propias y en especial las de culto, jurisdicción y magisterio.*

2) *La Iglesia puede organizarse libremente. En particular, puede crear, modificar o suprimir Diócesis, Parroquias y otras circunscripciones territoriales, que gozarán de personalidad jurídica civil en cuanto la tengan canónica y ésta sea notificada a los órganos competentes del Estado.*

La Iglesia puede asimismo erigir, aprobar y suprimir Órdenes, Congregaciones Religiosas, otros Institutos de vida consagrada y otras Instituciones y Entidades Eclesiásticas.

Ninguna parte del territorio español dependerá de Obispo cuya sede se encuentre en territorio sometido a la soberanía de otro Estado, y ninguna Diócesis o circunscripción territorial española comprenderá zonas de territorio sujeto a soberanía extranjera.

El Principado de Andorra continuará perteneciendo a la Diócesis de Urgel.

Como vemos, el artículo I AAJ comienza por reconocer a la Iglesia el derecho a ejercer su misión y organizarse libremente, garantizando el libre y público ejercicio de las actividades que le son propias.

Las manifestaciones concretas a las que dicho reconocimiento se refiere son designadas a través de expresiones traídas del Derecho canónico. La *misión*, es la *misión apostólica*; entre las actividades que son propias de la Iglesia ocupan lugar destacado las de *culto, jurisdicción y magisterio*; su *libertad de organización* implica, en particular, crear, modificar o suprimir circunscripciones territoriales y erigir, aprobar y suprimir órdenes, congregaciones, institutos y otras instituciones y entidades eclesiásticas. Una rápida aproximación al significado que para el Derecho canónico tienen cada una de las actividades genéricamente indicadas en el artículo I AAJ nos lleva a concluir que es el Estado español quien desde su ordenamiento reconoce y garantiza la extensión y determina las condiciones de validez civil de las mismas. No podríamos aceptar la configuración de un derecho singularísimo en favor de la Iglesia a partir de la remisión formal al Derecho canónico que sí caracterizó el Concordato de 1953.

Ahora se ha de pensar en la remisión material parcial y el presupuesto como técnicas de conexión interordenamientos, de modo que la acción de la Iglesia queda contextualizada dentro de los principios, derechos y libertades que integran el Derecho común de libertad de conciencia³². Y también el Derecho especial de libertad religiosa, en tanto que el artículo 6.1 de la LOLR reconoce para todas las confesiones inscritas plena autonomía normativa,

³² Vid. SUÁREZ PERTIERRA, G., “Personalidad jurídica de la Iglesia en España”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, números 104-105, vol. 36, mayo-diciembre, 1980, p. 479. En este mismo sentido, CUBILLAS RECIO, L.M. señala que “el artículo I del Acuerdo (...) no compromete [al Estado] a reconocer efectos civiles a las actividades a que se refiere el citado precepto, sino que las declaraciones que en el mismo se hacen son una expresión de la libertad religiosa de la Iglesia como institución (...)”. Vid. *El sistema matrimonial español y la cláusula de ajuste al derecho del Estado...*, op. cit., p. 168. Para algún autor, en cambio, en cierto modo el AAJ sigue reconociendo a la Iglesia el carácter de sociedad perfecta, véase PRIETO PRIETO, A., “La personalidad jurídica de la Iglesia”, en VV.AA., *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Salamanca, 1979, p. 106.

ejecutiva y jurisdiccional, con el único límite de aquello que constituye el orden público en una sociedad democrática: la protección del derecho al ejercicio de las libertades públicas y derechos fundamentales, la salvaguardia de la salud y de la moralidad pública³³.

Se deducen de lo anterior dos consecuencias. La primera, que el artículo I.1 AAJ, al reconocer el Estado el derecho de la Iglesia a ejercer su misión, marca la pauta hacia la consideración de la normativa de ésta como un derecho estatutario en términos similares a lo previsto para cualquier otra organización de tipo religioso. La segunda, que el apartado primero del artículo I.1 AAJ resulta superfluo pues nada añade al derecho de libertad religiosa tal y como ha sido entendido por la Constitución y la LOLR.

Un poco más adelante, el artículo I.2 del Acuerdo, se refiere al reconocimiento de la personalidad jurídica de las “Diócesis, Parroquias y otras circunscripciones territoriales” y de “Órdenes, Congregaciones Religiosas, otros Institutos de vida consagrada y otras Instituciones y Entidades Eclesiásticas”.

En el *Codex*, todas esas personas jurídicas se diseñan, como no puede ser de otra manera, entremezclando elementos sagrados y jurídicos. Así, el canon 99 señala: “*En la Iglesia, además de las personas físicas, hay también personas morales (...)*”; de entre ellas, la Iglesia católica y la Sede Apostólica tienen la condición de persona moral por la misma ordenación divina³⁴. Las demás, la adquieren por prescripción del derecho o por concesión especial del Superior competente otorgada por decreto (c. 100). La persona moral, perpetua por naturaleza, puede ser, en atención a su personalidad jurídico canónica, pública o privada, según que cumpliendo los requisitos necesarios para ser considerada persona moral haya obtenido o no la aprobación de la competente autoridad³⁵. El Estado, en cambio, la personalidad que reconoce es siempre privada; mediante el cumplimiento de distintos requisitos y con efectos muy diferentes de los queridos por el Derecho canónico: una vez reconocidas las entidades católicas, las normas estatales determinan el contenido de su capacidad de obrar y personalidad y regulan su participación en el tráfico civil de ese tipo de personas³⁶.

Son las distintas modalidades para que dicho reconocimiento tenga lugar lo que configura en sus sucesivos apartados el artículo primero del Acuerdo; en ellos queda apuntado el Derecho

³³ Artículo 3.1 LOLR.

³⁴ El canon 113 §2 CIC (1983) repetirá prácticamente el anterior literal: “*En la Iglesia, además de personas físicas, hay también personas jurídicas (...)*”. En el mismo sentido, los cánn. 113 §1, 114 §1 y 116 §2 CIC (1983) y concordantes.

³⁵ CIC (1917) can. 99 y CIC (1983) can. 116. *Vid.* DIEGO LORA, C., “Las instituciones de la Iglesia. Clasificación y marco legal en España”, en *Ius Canonicum*, vol. XXXVIII, 1998, núm. 75, pp. 183 y ss.

³⁶ Al punto de que la utilización de la técnica del presupuesto para la adquisición de la personalidad jurídica civil, no llega a comportar la pérdida de la personalidad civil, en el caso de perder, por una u otra causa, la personalidad canónica. Una vez adquirida, “...tiene vida independiente en el ordenamiento civil, de forma que sólo puede perderse por las causas de extinción de la personalidad en él previstas”; *vid.* CUBILLAS RECIO, L.M., “La personalidad canónica y civil de las cofradías”, en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 11, 1995, p. 284.

especial aplicable en la materia a la Iglesia católica³⁷. En el artículo I, los apartados 1 y 2, efectúan un verdadero reconocimiento de la personalidad preexistente de la Iglesia católica en cuanto tal, que es de quien se predicán los derechos y garantías señalados en uno y otro apartado³⁸, sin necesidad de ulterior inscripción, diferenciación que, como dice FERNÁNDEZ CORONADO, sólo su notoriedad justifica y minimiza el riesgo de colisión con los principios de igualdad y laicidad³⁹.

De nuevo, las técnicas de conexión interordenamientos no son la remisión formal y el reconocimiento de efectos, como ocurrió en el Concordato de 1953, sino el presupuesto⁴⁰, dando origen a un Derecho especial que llega a tener como límite el respeto de los contenidos esenciales de los derechos y libertades individuales y colectivos reconocidos constitucionalmente⁴¹. En el año 1979 algunos negaban el amplísimo ámbito de libertad que

³⁷ El Estado reconoce, en otros lugares del Acuerdo o de nuestro Derecho interno, personalidad jurídica civil a órdenes, congregaciones y otros institutos de vida consagrada, así como a sus provincias y casas, y a las asociaciones, entidades y fundaciones que disponen de ella a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo. *Vid.* I.4, p.º 1.º y Disposición Transitoria Primera AAJ, la Disposición Transitoria Primera de la LOLR, las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del RD 142/1981, la Orden Ministerial de 11 de mayo de 1984 y Disposición Transitoria del RD 589/1984, de 4 de febrero, sobre Fundaciones Religiosas de la Iglesia católica (BOE del 28).

³⁸ *Vid.* SUÁREZ PERTIERRA, G., *Personalidad jurídica de la Iglesia...*, *op. cit.*, p. 479. A juicio de LLAMAZARES FERNÁNDEZ está claro que: "...tiene reconocida la personalidad jurídica civil por el mero hecho de su existencia, que se considera un hecho evidente (...)"; *Libertad de conciencia...*, t. II, *op. cit.*, p. 425.

³⁹ *Vid.* FERNÁNDEZ - CORONADO GONZÁLEZ, A., "Los Acuerdos del Estado español con la Federación del Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE) y la Federación de Comunidades Israelitas (FCI). Consideraciones sobre los textos definitivos", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. VII, 1991, p. 549. Otros autores justifican este reconocimiento aportando argumentos históricos, sociológicos y jurídicos, como LÓPEZ ALARCÓN, M., "Confesiones y entidades religiosas", en *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Pamplona, 1996, p. 239; SOUTO GALVÁN, B., "El reconocimiento estatal de las entidades religiosas", Madrid, 2000, p. 111; ZABALZA BAS, I., "Confesiones y entes confesionales en el ordenamiento jurídico español", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. III, 1987, pp. 251 y ss.

⁴⁰ *Vid.* CUBILLAS RECIO, L.M., "Personalidad jurídica civil de las entidades religiosas. Técnicas jurídicas de conexión entre ordenamientos", en VV.AA. *Nuovi studi di diritto canonico ed ecclesiastico. Atti svoltosi a Sorrento dal 27 al 29 aprile 1989*, Salerno, 1990, p. 288; MURILLO MUÑOZ, M., "La eficacia constitutiva de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas", en *LOLR: XX aniversario (1980-2000)*, n.º 0, 2000, p. 218.

⁴¹ *Vid.* LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Libertad de conciencia...*, t. II, *op. cit.*, pp. 432 y 442 y ss., también CUBILLAS RECIO, L.M., "La facultad normativa de las confesiones de establecer cláusulas de salvaguarda de su identidad en el Ordenamiento español", en *LOLR: XX aniversario...*, *op. cit.*, p. 257; MORENO BOTELLA, G., *La identidad propia de los grupos religiosos. El artículo 6 de la LOLR*, Madrid, 1990, pp. 27 y ss.; ODRIOZOLA IGUAL, C., *Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: la Directiva 2000/78/CE, de 27 de diciembre, sobre empleo y trabajo*, en *RGDCDEE*, n.º 6, septiembre 2004, pp. 3 y ss.; OTADUY, J., "Las cláusulas de salvaguarda de la identidad de las instituciones religiosas. Doctrina y jurisprudencia", en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Madrid, 1989, pp. 365 y ss.; SOUTO PAZ, J.A., *Comunidad política y libertad de creencias...*, pp. 126 y ss.

la Constitución abría a las creencias y las entidades en torno a las que aquellas se agrupan⁴². Pasado el tiempo, puede afirmarse rotundamente que el Derecho unilateral estatal no sólo no colisiona sino que mejora notoriamente las previsiones concordadas⁴³.

Dentro del artículo I, apartado 2, mención aparte merecen los límites particulares a la autonomía interna de la Iglesia católica. Particulares, digo, porque no tienen parangón con los previstos normativamente para otras confesiones religiosas:

- (1) Que el Principado de Andorra continúe perteneciendo a la diócesis de Urgell.
- (2) Que ninguna parte del territorio español dependa de Obispo cuya sede se encuentre en territorio sometido a soberanía de otro Estado.
- (3) Que ninguna circunscripción española comprenda territorios sujetos a soberanía extranjera.

El primero de los límites, sin duda, encuentra una razonable justificación en la peculiar situación jurídico-política del Principado y su doble vínculo con España y Francia⁴⁴.

Los otros dos constituyen una inaceptable restricción de las libertades de asociación y religión. Ni cabe una limitación de este tipo en los artículos 22 o 34 CE ni puede ser compatible con lo dispuesto en el artículo 2, apartado segundo, de la LOLR, en razón de cuyo tenor literal la libertad religiosa y de culto comprende con la consiguiente inmunidad de coacción, entre otros, el derecho de las iglesias a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero.

⁴² Así, para ROUCO VARELA: “*Las tendencias totalizantes y expansionistas del derecho constitucional y laboral modernos, sobre todo, no permiten que (...) pueda quedar libre de todo riesgo de limitación o adulteración teórica y, sobre todo, práctica. Hubiera sido de desear una declaración expresa del derecho de la Iglesia a darse su propia constitución y régimen internos*”; “*La libertad de la Iglesia ante el Estado español*”, en *Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español*, en *Ius Canonicum*, vol. XIX, núm. 37, pp. 76-77.

⁴³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Libertad de conciencia...*, t. II, op. cit., p. 449.

⁴⁴ La situación jurídica de Andorra en los últimos tiempos ha sido regulada por el *Tratado de buena vecindad, amistad y cooperación entre el Reino de España, la República Francesa y el Principado de Andorra* (BOE de 30 de junio de 1993). A la persona del Obispo de Urgell y las consecuencias que para el derecho español hayan de deducirse por su posición en el Principado, se refiere el *Acuerdo entre el Reino de España y el Principado de Andorra relativo al estatuto del Copríncipe Episcopal* (BOE de 6 de mayo de 1995), ambas partes, convienen que, en su calidad de Copríncipe, tendrá reconocida la condición de persona internacionalmente protegida (arts. 1 y 2), gozarán en España de inviolabilidad “...*la residencia privada del Copríncipe de Andorra, los documentos, correspondencia y archivos y los locales destinados en forma exclusiva a constituir la sede de los servicios a disposición del Obispo de Urgell para el ejercicio de sus funciones como Jefe de Estado andorrano*”; inviolabilidad que consistirá en que los agentes del Reino de España no podrán penetrar en la residencia o locales citados “...*sin consentimiento expreso del copríncipe o autoridad en quien éste delegue*”. Sobre el argumento de la peculiaridad del régimen del Principado, vid. JORDÁN VILLACAMPA, M^a.L., “*El obispo de la Seo de Urgell: Jefe de Estado*”, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, número 1, 2001, pp. 125 a 136.

Ese precepto el Acuerdo, obliga a cada uno de los ciudadanos españoles que integran la Iglesia católica a abdicar de un derecho fundamental, reconocido por la Constitución y por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, un derecho, por su naturaleza, irrenunciable e indisponible y que el pacto, que es instrumento de cooperación, debería servir para garantizar y promocionar⁴⁵.

Estamos ante una antinomia real entre el precepto limitador y estas otras normas constitucionales y orgánicas. El conflicto, como es obvio, sólo encuentra solución a través de la inaplicación de aquél, dado que carecería de legitimidad constitucional exigir su cumplimiento.

V. ¿RESPECTO SOLO PARA LOS VALORES DE LA ÉTICA CRISTIANA Y LOS SENTIMIENTOS DE LOS CRISTIANOS?

El Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales [AEAC] incorpora numerosos elementos que han condicionado el modelo educativo español⁴⁶, me referiré únicamente a dos aspectos que claramente ponen de relieve la necesidad de entender lo acordado en el contexto constitucional y en consonancia con el resto del ordenamiento jurídico español.

El artículo I del Acuerdo establece que: “*la educación que se imparta en los centros docentes públicos será respetuosa con los valores de la ética cristiana*”. Por su parte, el literal del artículo XIV es el siguiente: “*Salvaguardando los principios de libertad religiosa y de expresión, el Estado velará para que sean respetados en sus medios de comunicación social, los sentimientos de los católicos*”.

Se ha sostenido, pensando en un compromiso confesional del Estado, que este punto del Acuerdo es una cláusula vacía de valor⁴⁷. Y carece de valor, sí, pero porque el límite del respeto a “*los valores de la ética cristiana*” es consustancial al indeclinable “*respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*” del art. 27 CE. Y porque ya la LODE, declaró el derecho a una educación básica que permitiera el

⁴⁵ Vid. SsTC 18/1981, de 8 de junio, FJ 4, y 53/1985, de 11 de abril, FJ 4.

⁴⁶ Y sigue ocurriendo así en 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 (BOE de 30 de diciembre). En esta ocasión, el artículo 78 da una nueva redacción al apartado 3 de la Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que queda en los siguientes términos: “*En el marco de la regulación de las enseñanzas de Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria, se podrá establecer la enseñanza no confesional de cultura de las religiones*”. El artículo 78, bis, cambia el apartado 1 de la Disposición adicional tercera, de modo que: “*1. Los profesores que impartan la enseñanza confesional de las religiones deberán cumplir los requisitos de titulación establecidos para las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, así como los establecidos en los acuerdos suscritos entre el Estado Español y las diferentes confesiones religiosas*”.

⁴⁷ En este sentido, DE LA HERA concluía que “...[es un] *compromiso sin tutela jurídica prevista, una fantasía que el Estado no está en condiciones de hacer respetar (...), estamos más ante una enumeración de propósitos que ante una normativa positiva (...)*”; vid. HERA, A. de la, “*Enseñanza y libertad religiosa en España (1953-1979)*”, en VV.AA., *Los Acuerdos concordatarios españoles y la revisión del Concordato italiano. Actas del simposio celebrado en Barcelona los días 29 de febrero y 1 de marzo de 1980*, Barcelona, 1980, p. 163.

desarrollo de la propia personalidad, respetuosa con la libertad de conciencia, las convicciones religiosas o morales y la integridad y dignidad personales; por ello, la actividad educativa tendría como objetivo en todos los centros -públicos y privados-, de acuerdo con los principios y mandatos constitucionales, la formación para la paz, la cooperación y la solidaridad, el respeto de los derechos y libertades fundamentales, la pluralidad cultural y el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia⁴⁸. Otro tanto dispusieron la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo⁴⁹, la Ley Orgánica de Calidad de la Educación⁵⁰ y la Ley Orgánica de Educación⁵¹. Hoy incide en ello la Ley Orgánica 3/2020 en términos muy parecidos a los textos anteriores⁵².

⁴⁸ Artículo 1, apartados 1 y 3; artículo 2, letras a), b), e), f), g); artículo 6.1, letras a), c), d); Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (BOE del 4). Esos aspectos estaban presentes también en los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, de Estatuto de Centros Docentes (BOE del 27).

⁴⁹ Artículo 1.1, letras a), b), g); artículo 2.2, letras a), c), d), e), j); Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (BOE del 4).

⁵⁰ Artículo 1, letras a) y b); artículo 2, apartado 2, letras a), b), c) y d); artículo 2, apartado 4, letras a) y b); artículo 53, letra b); artículo 3, apartado 2, letra e); LO 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (BOE del 24) – en adelante, LOCE.

⁵¹ Artículo 1.1, primer inciso y letra c); artículo 2, letras a), b), c), d), e), k); Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo (BOE del 4). Véase, también, la Disposición final primera.

⁵² La Ley Orgánica 3/2020 ha incorporado nuevos elementos; así, en su artículo 1, modifica varios apartados del artículo 1 de la LO 2/2006, que pasan a decir:

“a) El cumplimiento efectivo de los derechos de la infancia según lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990, y sus Protocolos facultativos, reconociendo el interés superior del menor, su derecho a la educación, a no ser discriminado y a participar en las decisiones que les afecten y la obligación del Estado de asegurar sus derechos”.

“a bis) La calidad de la educación para todo el alumnado, sin que exista discriminación alguna por razón de nacimiento, sexo, origen racial, étnico o geográfico, discapacidad, edad, enfermedad, religión o creencias, orientación sexual o identidad sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

“b) La equidad, que garantice la igualdad de oportunidades para el pleno desarrollo de la personalidad a través de la educación, la inclusión educativa, la igualdad de derechos y oportunidades, también entre mujeres y hombres, que ayuden a superar cualquier discriminación y la accesibilidad universal a la educación, y que actúe como elemento compensador de las desigualdades personales, culturales, económicas y sociales, con especial atención a las que se deriven de cualquier tipo de discapacidad, de acuerdo con lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada en 2008, por España”.

“k) La educación para la convivencia, el respeto, la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos, así como para la no violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, y en especial en el del acoso escolar y ciberacoso con el fin de ayudar al alumnado a reconocer toda forma de maltrato, abuso sexual, violencia o discriminación y reaccionar frente a ella”.

“l) El desarrollo de la igualdad de derechos, deberes y oportunidades, el respeto a la diversidad afectivo-sexual y familiar, el fomento de la igualdad efectiva de mujeres y hombres a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas, la educación afectivo-sexual, adaptada al nivel madurativo, y la prevención de la violencia de género, así como el fomento del espíritu crítico y la ciudadanía activa”.

Por su parte, el artículo 1, bis, modifica la redacción de las letras b), e), i) y k) del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 2, de la Ley 2/2006, pasando a decir lo siguiente:

Ciertamente, la garantía es atendida desde sus principios democrático, no desde la perspectiva moral de una cierta orientación religiosa ni solo en los centros públicos o en el sistema educativo público pues, obviamente, también incluye los centros de titularidad privada⁵³.

En cuanto al límite del respeto hacia los sentimientos de los católicos en los medios de comunicación social del artículo XIV, en sintonía con cuanto acabamos de decir, lo obligado para el Estado laico es procurar tal respeto desde sus principios democráticos, no desde perspectivas confesionales. En este sentido, la más eficaz tutela de los *sentimientos* y *derechos* religiosos y la que mejor salvaguarda las libertades *de conciencia* y *de expresión*, pasa por que el catolicismo no reciba un trato distinto del común en los medios⁵⁴.

En caso de conflicto, la concreción del “*respeto*” pedido por el artículo XIV dependerá de si son derechos *constitucionales* o *fundamentales* los que sustentan aquellos “*sentimientos*”. Siguiendo la doctrina del TC, en el primer caso, cuando la contradicción no pueda evitarse de otro modo, dado que la libertad de expresión constituye una garantía del ordenamiento democrático, el derecho constitucional podrá resultar sacrificado. En el segundo, en cambio, deberá procurarse la armonía con el derecho a la libertad de expresión, cuidando la proporcionalidad entre el derecho que se limita y el bien jurídico que se protege, sin menoscabo de ningún tipo para el núcleo esencial de los derechos implicados⁵⁵. En otras

“b) La educación en el respeto a los derechos y libertades fundamentales, en la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres y en la igualdad de trato y no discriminación de las personas por razón de nacimiento, origen racial o étnico, religión, convicción, edad, de discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, o cualquier otra condición o circunstancia”.

“e) La formación para la paz, el respeto a los derechos humanos, la vida en común, la cohesión social, la cooperación y solidaridad entre los pueblos, así como la adquisición de valores que propicien el respeto hacia los seres vivos y los derechos de los animales y el medio ambiente, en particular al valor de los espacios forestales y el desarrollo sostenible”.

“k) La preparación para el ejercicio de la ciudadanía, para la inserción en la sociedad que le rodea y para la participación activa en la vida económica, social y cultural, con actitud crítica y responsable y con capacidad de adaptación a las situaciones cambiantes de la sociedad del conocimiento”.

⁵³ En este sentido, MANTECÓN, J., “España: ¿y si se denunciaran los acuerdos con la Santa Sede?”, en RGDCDEE, núm. 39, 2015, p. 18.

⁵⁴ Lo apropiado es referirse a *libertad de conciencia* y no a *libertad religiosa*, como hace el AEAC, pues es aquélla la que actúa como fundamento y límite de la *libertad de expresión*; el argumento en LLAMAZARES CALZADILLA, M^a.C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid, 1999, pp. 251-253. Sobre la delimitación del objeto protegido por el AEAC, FERREIRO GALGUERA, J., *Los límites de la libertad de expresión. La cuestión de los sentimientos religiosos*, Madrid, 1996, pp. 192-194 y 209-210. Sobre la relación entre sentimientos y libertad de conciencia, véanse en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 6, 2006, las contribuciones de CASTRO JOVER, A., “La libertad de conciencia en el empleo público”, pp. 58-63, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Educación para la ciudadanía, laicidad y enseñanza de la religión”, pp. 229-234; también TARODO SORIA, S., *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Bilbao, 2005, pp. 55-59. Argumento distinto al aquí tratado es el del discurso del odio; sobre esto último PÉREZ MADRID, F., “Incitación al odio religioso o “hate speech” y libertad de expresión”, en RGDCDEE, núm. 19, 2009.

⁵⁵ Véanse las SsTC 73/1989, de 20 de abril, FJ 5, 79/1995, de 22 de mayo, FJ 3, 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2, 11/1981, de 8 de abril, FJ 8. Y en la doctrina, LLAMAZARES CALZADILLA, M^a. Cruz, *Las libertades de expresión e información...*, *op. cit.*,

palabras, el Estado sólo puede velar por los derechos que cobijan los sentimientos de los católicos, en los mismos términos que lo hace con los derechos de los demás creyentes y, eso sí, tanto en los medios de comunicación públicos (a los que únicamente se refiere el texto) como en los medios de comunicación privados⁵⁶.

En el Ente Público de Radio y Televisión la garantía de respeto vino avalada por la Ley 4/1980, que consideró objetivos de la RTVE y, por tanto, requisitos para sus producciones y emisiones, entre otros, los de promocionar el pluralismo –“con pleno respeto a las minorías, mediante el debate democrático, la información objetiva y plural y la libre expresión de opiniones”–; promover el respeto hacia la dignidad humana –“especialmente, los derechos de los menores, la igualdad de sexos, la no discriminación por motivos de raza, ideología, religión y cualquier otra circunstancia personal o social”– o estimular la diversidad cultural, ofreciendo al efecto “calidad, diversidad, innovación y exigencia ética”⁵⁷. Derogada por la Ley 17/2006, reguladora de la Radio y la Televisión Estatal⁵⁸, éstas permanecen con la consideración de servicio público esencial para la comunidad, dirigido a procurar información, cultura y educación; difundir la identidad y diversidad culturales; promover el pluralismo, la participación y los demás valores constitucionales, así como garantizar el acceso de los grupos sociales y políticos significativos. En el ejercicio de la función de servicio público, las producciones y emisiones de la “Corporación de Radio y Televisión Española” deberán promocionar el conocimiento y difusión de los principios constitucionales y los valores cívicos; la pluralidad y la diversidad cultural; los valores de la paz; la integración social de las minorías y grupos sociales con necesidades específicas o el conocimiento mutuo entre los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea como espacio común de convivencia. Igualmente, garantizarán “la información objetiva, veraz y plural, que se deberá ajustar plenamente al criterio de independencia profesional y al pluralismo político, social e ideológico presente en nuestra sociedad”, “el debate

p. 247-251; FERREIRO GALGUERA, J., *Los límites de la libertad de expresión. La cuestión de los sentimientos...*, op. cit., pp. 36-37.

⁵⁶ Sobre este planteamiento, más o menos a favor o en contra, véanse LARENA BELDARRAIN, *La libertad religiosa y su protección en el Derecho español*, Madrid, 2003, p. 193; ROSELL GRANADOS, J., *Confesiones religiosas y medios de comunicación*, Cáceres, 2001, pp. 77, 78, 90 y 91, o SORIA, C., “Los Acuerdos Iglesia – Estado en materia de información”, en *Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español, Ius Canonicum*, vol. XIX, núm. 37, p. 297; ORTEGA, J.L., “Los medios de comunicación social”, en VV.AA. *Acuerdos Iglesia – Estado español en el último decenio: su desarrollo y perspectivas, 1987*, pp. 165-173 y 185; MORENO BOTELLA, G. “Autonomía la Iglesia, profesorado de religión y constitucionalidad del acuerdo sobre enseñanza de 3 de enero de 1979. A propósito de la STC 38/2007 de 15 de febrero”, en *RGDCDEE*, núm. 14, mayo 2007, p. 14.

⁵⁷ Artículo 5.1, letras a) y b), de la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y Televisión Española. Respecto de la publicidad en el medio, hoy muy limitada, véase la Resolución de la Dirección General de RTVE de 22 de enero de 2001 dictada en aplicación de la Ley 22/1999, de 7 de junio, y el comentario de ROSELL GRANADOS, J., *Confesiones religiosas y medios de comunicación...*, op. cit., pp. 93-94.

⁵⁸ No obstante, la Ley 4/1980 seguirá siendo de aplicación a los efectos previstos en la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, Reguladora del Tercer Canal de Televisión, y en la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada. Véase la Disposición Derogatoria Única de la Ley 17/2006, de 5 de junio (BOE del 6).

democrático y la libre expresión de opiniones”, la protección de los derechos de los menores y el compromiso de “exigencia ética”⁵⁹.

Si se advierte, en fin, que los medios de titularidad privada están en la misma medida obligados por los principios de tolerancia, pluralismo e imparcialidad, aunque no lo estén, como los públicos, por los de neutralidad y laicidad⁶⁰, habrá de convenirse que el artículo XIV resulta irrelevante, esto es: “se trata de una fórmula vacía de contenido, y por lo tanto, innecesaria. El Estado deberá velar porque la actividad de los medios públicos de comunicación respete no sólo los sentimientos de los católicos, sino los de cualesquiera otros creyentes, y los de los no creyentes”, y no por indicación del artículo sino por mandato constitucional⁶¹. Otra lectura conllevaría la violación del principio y derecho fundamental a la igual libertad de conciencia, esto es, de la laicidad del Estado⁶²; así parece haberlo entendido la Ley 17/2006 al regular la participación en RTVE de la sociedad española, a través del Consejo Asesor, o de los profesionales, en los Consejos de Informativos⁶³.

Nada añade tampoco la previsión de posibles de acuerdos sobre las materias comprendidas en el propio artículo. Si implícitamente pudiera estar anticipando el derecho de acceso de la Iglesia, no podría, en cambio, regularse éste separadamente del derecho de los demás grupos sin riesgo de discriminación⁶⁴.

⁵⁹ Véanse los artículos 2, apartado primero, y 3, apartado segundo. Sobre ello vuelven, entre otros, los artículos 25 y 28 de la Ley 17/2006.

⁶⁰ LLAMAZARES CALZADILLA, M^a.C., “Derecho a la información: Libertad de información y de expresión”, en LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia, t. II, Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, Madrid, 1999, pp. 198 - 200.

⁶¹ Cfr. LLAMAZARES CALZADILLA, M^a.C., *Las libertades de expresión e información...*, op. cit., p. 253.

⁶² RODRÍGUEZ GARCÍA, J.A., *El control de los medios de comunicación...*, op. cit., p. 231. Como recuerda MARTÍN – RETORTILLO, “Pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura caracterizan a una sociedad democrática (Handyside, p. 49). Quienes optan por la libertad de ejercer su religión, no pueden razonablemente confiar en hacerlo al abrigo de cualquier crítica. Deben tolerar y aceptar el rechazo por otros de sus creencias religiosas e incluso la propagación por otros de doctrinas hostiles a su fe (Otto – Preminger Institut, p. 47)”; cfr. MARTÍN – RETORTILLO, L., *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas (un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa)*, Madrid, 2006, p. 131; también FERREIRO GALGUEIRA, J., *Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial*, en RGDCDEE, núm. 35, 2014, pp. 40 y ss.

⁶³ Artículos 23 y 24 de la Ley 17/2006.

⁶⁴ RODRÍGUEZ GARCÍA, J.A., *El control de los medios de comunicación...*, op. cit., p. 234; en similar sentido, véase FERREIRO GALGUERA, J.: “La protección de los sentimientos religiosos en los Acuerdos con la Iglesia católica”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XI, 1995, p. 147; REINA, A., “La programación religiosa en Radiotelevisión pública”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. IV, 1988, p. 139; POLO SABAU, “La libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación”, Madrid, 2002, p. 145. CASTRO JOVER, A., “Contribución al estudio del derecho de acceso a los medios de comunicación”, en *Documentación jurídica*, núm. 76, 1992, pp. 116-117; LLAMAZARES CALZADILLA, M^a.C., *Las libertades de expresión e información...*, op. cit., p. 195.

La Ley 17/2006 no contiene ninguna referencia al AEAC, aunque, ciertamente, va más allá del propio acuerdo al reafirmar el compromiso de los poderes públicos con el derecho de acceso, considerándolo “*expresión de la pluralidad social, ideológica, política y cultural de la sociedad española*”, y facilitando el cauce para la presencia en la programación de los grupos sociales y políticos significativos “*como fuentes y portadores de información y opinión*”, garantizando “*la disponibilidad de los medios técnicos y humanos necesarios para la realización de los espacios para el ejercicio del derecho*”⁶⁵. La propia Ley encomendó al Consejo de Administración de la Corporación RTVE, en el plazo de seis meses a partir de la constitución de la nueva Corporación, elaborar un Reglamento en el que se determinara el procedimiento interno aplicable y aprobar las directrices para el ejercicio de ese derecho de acceso⁶⁶.

De este modo, TVE y RNE, de un lado, mantendrán un sistema de seguimiento de la presencia y participación de los grupos sociales y políticos significativos tanto en la programación general como en otra específica, destinada más directamente a los colectivos, y, semestralmente, abrirán un plazo de quince días para que aquellos grupos sociales políticos y significativos que no hayan tenido durante el semestre anterior presencia, puedan presentar una solicitud para el ejercicio del derecho de acceso⁶⁷. En cuanto a los grupos religiosos, se considerará que son “significativos” aquellos que cumplan el criterio del “notorio arraigo” al que se refiere el artículo 7 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa⁶⁸.

A través de esa fórmula, se faculta a los grupos sociales y políticos significativos, en condiciones de igualdad, para utilizar los medios de comunicación de titularidad pública en ejercicio de las libertades de expresión e información, de modo que puedan transmitir y difundir sus ideas y sus doctrinas al conjunto de la sociedad, contribuyendo a fortalecer el pluralismo interno de los medios de comunicación y la formación de una opinión pública libre y plural dentro del respeto a cada una de las diferentes sensibilidades.

VI. UNA MATERIA MIXTA Y UN MONARCA QUE ACTÚA EN CONTRA DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA

El artículo III del Acuerdo sobre Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas [AARFA] determina un derecho singular desfavorable a la Iglesia católica al decir que:

“La provisión del Vicariato General Castrense se hará de conformidad con el artículo I, 3, del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español de 28 de julio de 1976, mediante la propuesta de una terna de nombres, formada de común acuerdo entre la Nunciatura

⁶⁵ Artículo 28 de la Ley 17/2006. Hay quien considera que debía venir regulado por Ley Orgánica, como GUTIÉRREZ DEL MORAL, M^a.J., “Libertad religiosa y medios de comunicación: derecho de acceso y protección de la libertad religiosa”, en RGDCDEEE, núm. 19, 2009, p. 23.

⁶⁶ Véase la Disposición Transitoria Sexta y la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 17/2006. El texto del Reglamento y de las Directrices, en www.rtve.es/corporacion/derecho-acceso/ (11 de enero de 2021).

⁶⁷ Arts. 2 y 3 del Reglamento del derecho de acceso.

⁶⁸ Vid. Directrices básicas del derecho de acceso en la Corporación RTVE, Preámbulo y artículo 1, letra c).

Apostólica y el Ministerio de Asuntos Exteriores y sometida a la aprobación de la Santa Sede.

El Rey presentará, en el término de quince días, uno de ellos para su nombramiento por el Romano Pontífice”.

Este procedimiento para la provisión es un mecanismo perpetuador del carácter de materia mixta que las dos instituciones han tradicionalmente otorgado a la asistencia religiosa de los ejércitos. Esa naturaleza, ligada al modelo de utilidad, es la que justifica la intervención conjunta del Jefe del Estado español y de la Santa Sede en la elección⁶⁹.

Seguramente tiene razón OREJA cuando dice que “*puede aducirse como un ejemplo de transacción, que no carece de motivos dado el carácter militar que tiene*”⁷⁰ pero, negociando el acuerdo paralelamente a la elaboración del texto constitucional de 1978, alguien debió caer en la cuenta de que no sería posible conciliar con la laicidad de una institución pública, tan necesariamente neutral como la Corona, el que ésta se pronunciase en materia religiosa nada menos que en relación a la confesión más importante del Reino. El AARFA acaso debió ser el instrumento para formalizar el abandono del iter histórico confesional y derogar el artículo I.3 del Acuerdo de 1976, en el que tiene su causa.

Como resulta palmario, el mismo requisito del previo *común acuerdo* provoca una interferencia tal en el ejercicio de los derechos a asociarse para desarrollar comunitariamente actos religiosos y a designar libremente sus ministros (art. 2.1, letra d, y 2.2 LOLR) que por sí solo contraviene la inmunidad de coacción connatural a las libertades personales y la neutralidad de los poderes públicos⁷¹.

La presentación por el rey, de un lado, atenta contra las obligaciones que asume la máxima representación del Estado de guardar y hacer guardar la Constitución y respetar los derechos de los ciudadanos en condiciones de igualdad para todos. De otro, la proposición del candidato por el rey al papa es, en la literalidad del Acuerdo, un acto regio discrecional,

⁶⁹ Esos aspectos en PANIZO Y ROMO DE ARCE, A., “Neutralidad estatal y estructura legal del arzobispado castrense en España”, en RGDCDEE, núm. 24, 2010, pp. 1-9. PÉREZ MADRID, F., “La asistencia religiosa católica en las Fuerzas Armadas de España”, en RGDCDEE, núm. 35, 2014, pp. 1-6.

⁷⁰ OREJA AGUIRRE, M., *La negociación de los acuerdos concordatarios vigentes entre España y la Santa Sede...*, op. cit., p. 94. En sentido próximo, PÉREZ MADRID, F. “El motivo puede ser la repercusión que la acción pastoral puede tener en una institución tan importante para el Estado como es el Ejército. De ahí que en otros países, se haya observado un sistema similar de nombramiento”, en *La asistencia religiosa católica en las Fuerzas Armadas de España...*, op. cit., p. 6. No estoy muy seguro de que los hechos abonen la bondad de esta argumentación, al menos, para España; vid. GONZÁLEZ, M., Y SANTAEBULALIA, I., “Defensa lleva al fiscal el chat de mandos retirados en el que se hablaba de fusilar a 26 millones de españoles”, en *elpais.com*, 3 de diciembre. de 2020.

⁷¹ CIÁURRIZ, M^a. J., “La libertad de conciencia del Rey en la Constitución”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte, t. I*, Castellón, 1998, pp. 243 a 251, especialmente 250-251. La interferencia limita el pluralismo que ha de caracterizar a las sociedades democráticas, la legitimidad de este tipo de interferencias ha sido cuestionada en la jurisprudencia del TEDH, véase, por todas, *Serif v. Greece*, nº. 38178/97 (HUDOC).

válido, a pesar de carecer de refrendo⁷², lo que implica una excepción gravemente anómala por cuanto el desenvolvimiento general de las facultades derivadas de la comandancia militar regia se caracteriza precisamente por la atribución y sujeción de su ejercicio al Gobierno⁷³.

Las modificaciones normativas introducidas desde finales de los ochenta en la prestación de la asistencia religiosa católica en el Ejército hacen difícilmente explicable la pervivencia de esta secuela del privilegio de presentación⁷⁴. Hay aquí una antinomia real. O bien el Estado se separa de lo religioso y, congruentemente, desecha por completo participar en la elección o bien acepta nominar a los candidatos y, con ello, vulnerar la neutralidad que la Constitución exige para sus actuaciones. Por imperativo constitucional, dejar de aplicar el AARFA es la única solución posible.

VII. ALGUNAS CONCLUSIONES (EN DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN)

Los concordatos nacieron en la Edad Media como fórmula de paz, entre los reinos cristianos y el pontificado y se consolidaron como arreglos dirigidos a ordenar las materias mixtas, en la Edad Contemporánea. En el XIX, sirvieron de defensa a las monarquías frente al avance del liberalismo o, más adelante, para amarrar a los Estados liberales frente al oleaje de los movimientos de izquierda.

Conviene tener todo eso en cuenta para entender que concordato tradicional y democracia nunca han sido buenos compañeros de viaje. O lo uno o lo otro, las dos a la vez, no.

En España hemos asistido a esa tensión desde 1979 y el paso de estos cuarenta años ha mostrado que en aquellos aspectos verdaderamente relevantes, o estamos con la Constitución o nos situamos con una interpretación confesional de lo concordado, contraria a la igual libertad y los más elementales fundamentos del Estado de Derecho.

En defensa de la Constitución, hoy lo pertinente es la denuncia de los Acuerdos en vigor y la promoción de fórmulas de participación e interlocución plenamente democráticas, aptas para el mejor desarrollo de las libertades de conciencia y religiosa de las personas católicas españolas.

⁷² Téngase en cuenta que, según el artículo 56.3 CE, sus actos estarán *siempre* refrendados, *careciendo de validez* si no lo obtuvieran en los términos previstos en el artículo 64. Con una sola excepción, la contemplada en el artículo 65.2, de acuerdo con el cual nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa.

⁷³ Por más que en el Vicario concurra la condición de autoridad religiosa y castrense, más en concreto, la de general, no puede olvidarse que justo “*la colación de empleos militares es el único acto propio de la Administración militar que precisa la intervención concurrente del Rey y el Gobierno*”. Cfr. LAFUENTE BALLE, J.M^a., *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, Madrid, 1987, pp. 393 y 395.

⁷⁴ SOUTO PAZ, J.A., *Comunidad política y libertad de creencias...*, *op. cit.*, p. 563; GARCIMARTÍN MONTERO, M^a. C., “Los acuerdos entre España y la Santa Sede: cuarenta años de vigencia”, RGDCDEE, núm. 49, 2019, p. 29.

BIBLIOGRAFÍA

- Ciáurriz, M^a. J.: “La libertad de conciencia del Rey en la Constitución”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte, t. I*, Castellón, 1998, pp. 243-251.
- Fernández-Coronado, A.: “La eficacia civil de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado y su adecuación a los principios constitucionales. (A propósito de la STC 328/1993, de 8 de noviembre)”, en *Derecho Privado y Constitucional*, núm. 3, 1994.
- Llamazares Fernández, D.: “Conciencia y Derecho: Conferencia pronunciada por el padrino de la promoción anual de la Facultad de Derecho el día de la festividad de San Raimundo de Peñafort”, en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 5, 2018, pp. 10-25.
- Pardo Prieto, P.C.: *Laicidad y acuerdos del Estado con confesiones religiosas*, Tirant lo Blanch, 2008.
- Prieto Prieto, A.: “La personalidad jurídica de la Iglesia”, en VV.AA., *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Salamanca, 1979.
- Tomás Ortiz de la Torre, J.A.: “Significado y alcance del término inviolabilidad en el acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979”, en *Estudios eclesiásticos*, vol. 78, núm 307, 2003, pp. 774 y ss.

La financiación de la Iglesia Católica a través del sistema fiscal estatal y su adecuación al marco constitucional

Marta González Aparicio

Ayudante del Área de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de León. mgonza@unileon.es

Recibido
1 febrero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Financiación;
Fiscalidad; Iglesia
Católica; Exención;
Asignación tributaria.

KEYWORDS

Financing; Taxation;
Catholic religion;
Exemption; Tax
allocation.

Resumen

La financiación de la Iglesia Católica a través del sistema fiscal ha sido una cuestión tradicionalmente polémica, pues en ella se entremezcla lo jurídico con otros aspectos que recaen sobre uno de los ámbitos más íntimos de la persona, como es la religiosidad o las creencias, planteándose numerosas dudas sobre su acomodo a los principios fundamentales de nuestra Constitución. La especial sensibilidad que genera este asunto requiere una determinación cierta y alejada de concepciones subjetivas, de cuáles son los concretos beneficios que disfruta la Iglesia Católica, tanto directos, como indirectos, su fundamento, cuantía y destino, así como cuáles de ellos son previstos en exclusiva para esta confesión religiosa.

The financing of the Catholic Church through the state tax system and its adaptation to the constitutional framework

Abstract

The financing of the Catholic Church through the tax system has been a traditionally political issue, since it intermingles the legal with other aspects that fall on one of the most intimate areas of people, such as religiosity or beliefs, causing many doubts about its adaptation to the Constitution. The special sensitivity generated by this matter requires a determination, certain and far from subjective conceptions, of results are the concrete benefits that the Catholic Church enjoys, both direct and indirect, as well as its foundation, amount and destination, and also which of them are exclusively enjoyed by this religious confession.

I. La financiación de la Iglesia Católica en el marco constitucional – II. Las fuentes de financiación de la Iglesia Católica provenientes del sistema fiscal estatal: 1. La financiación directa de la Iglesia Católica: la asignación tributaria en el IRPF: 1.1. El cambio del sistema de dotación presupuestaria al sistema de asignación tributaria; 1.2. La asignación tributaria: caracteres fundamentales; 1.3. La asignación tributaria en cifras; 1.4. Los mecanismos de financiación directa de otras confesiones religiosas; 2. La financiación indirecta en la Iglesia Católica: marco general de los beneficios fiscales aplicables. 2.1. Impuestos estatales: 2.1.1. Impuestos directos; 2.1.2. Impuestos indirectos; 2.2. Impuestos autonómicos; 2.3. Impuestos locales; 2.4. Exenciones aplicables en otros tributos; 2.5. Figuras tributarias en las que no se aplica exención – III. Conclusiones – Bibliografía

I. LA FINANCIACIÓN DE LA IGLESIA CATÓLICA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

La financiación de la Iglesia Católica a través de fondos públicos y, particularmente, los que provienen del sistema fiscal estatal, resulta una cuestión sumamente polémica. Esta especial “sensibilidad” hacia todo lo que rodea la financiación pública a las confesiones religiosas y, en especial, a la Iglesia Católica, tiene su fundamento en que en esta cuestión se entremezcla, junto a lo jurídico, concepciones morales, hecho que no se produce solo en este caso, también en otros ámbitos, pero que aquí adopta una especial relevancia, pues afecta a una de las esferas más íntimas de la persona, como es la religiosidad o las creencias. En consecuencia, las opiniones que se vierten en torno a la adecuación o no de la percepción de esta financiación pública, en no pocas ocasiones se alejan de lo jurídico y ahondan en otros fundamentos, o tergiversan los datos o la realidad legal vigente a fin de conseguir argumentos en un sentido u otro.

No obstante, antes de adentrarnos en los sistemas de financiación de la Iglesia Católica que tienen su origen en la fiscalidad, es preciso ubicar al lector en el contexto constitucional que rodea a esta cuestión. Este marco constitucional viene configurado esencialmente por el artículo 16 de nuestra Constitución. Este artículo se encuentra en la sección primera del Capítulo segundo, dedicada a los derechos fundamentales y las libertades públicas, que, por tanto, son merecedores de una especial protección. El precepto se divide en tres apartados en los que se consagran los derechos de libertad ideológica, libertad religiosa y libertad de culto, así como la aconfesionalidad del Estado español, si bien puntualizando que los poderes públicos cooperarán con las distintas confesiones religiosas, mencionando expresamente a la Iglesia Católica.

En el deber de tutela y promoción que el Estado tiene sobre estos derechos se enmarca la aportación de fondos públicos, tanto de manera directa, como indirecta, a las distintas confesiones religiosas¹. No obstante, el sistema de financiación de todas ellas no es idéntico, lo que, en un Estado aconfesional como el nuestro, puede derivar en una vulneración de otro principio constitucional esencial para el examen de esta cuestión, el principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de nuestra Constitución.

Para poder concluir si el actual sistema de financiación de las confesiones religiosas conculca el principio de igualdad es preciso realizar un análisis comparativo del tipo de financiación

¹ FORNÉS, J.: “Régimen jurídico-patrimonial y financiación de la Iglesia”, *Ius Canonicum*, núm. 71, 1996, págs. 57 y ss.

reciben la Iglesia Católica y otras confesiones religiosas, en qué condiciones y cuál es su fundamento y empleo. Solo una vez establecido este marco con claridad, se podrá proceder a determinar su adecuación a nuestro marco constitucional.

II. LAS FUENTES DE FINANCIACIÓN DE LA IGLESIA CATÓLICA PROVENIENTES DEL SISTEMA FISCAL ESTATAL

Las fuentes de financiación que recibe la Iglesia Católica –y que, en general, puede percibir cualquier confesión religiosa–, provenientes del ámbito fiscal se han dividido tradicionalmente en dos grupos: fuentes de financiación directa y fuentes de financiación indirecta.

De manera muy sencilla, se puede afirmar que las fuentes de financiación directa serían aquellas en las que se produce una transferencia económica del Estado a la confesión religiosa, mientras que las fuentes de financiación indirecta serían aquellas en las que lo que se establece es un determinado beneficio fiscal, de modo que ante un hecho gravable en la que otros contribuyentes, por ejemplo, tienen que pagar un determinado impuesto, la confesión religiosa está exenta o debe abonar una cantidad inferior a la ordinaria.

1. La financiación directa de la iglesia católica: la asignación tributaria en el irpf

No cabe duda alguna de que uno de los aspectos más destacados en la siempre polémica financiación de la Iglesia Católica es la asignación tributaria en el IRPF, la coloquialmente conocida como la “casilla de la Iglesia Católica”. En las siguientes líneas efectuaremos una aproximación general a este sistema de financiación².

1.1. El cambio del sistema de dotación presupuestaria al sistema de asignación tributaria

El sistema de financiación que precedió al de asignación tributaria fue el de dotación presupuestaria, recogido en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos económicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano³. El sistema de dotación presupuestaria suponía la transferencia de una cuantía, de carácter global y único, a esta confesión religiosa, a cargo de los Presupuestos Generales del Estado.

Este sistema de dotación presupuestaria no se preveía con carácter definitivo, ni siquiera con vocación de permanencia en el largo plazo, pues el propio Acuerdo sobre asuntos económicos

² Aunque por motivos de extensión solo es posible exponer unos caracteres muy básicos de este sistema de asignación tributaria, recomendamos al lector la consulta de las siguientes obras donde encontrará un estudio detallado: CUBERO TRUYO, A., SANZ GÓMEZ, R.: “La declaración de IRPF como cauce de financiación de la Iglesia Católica (Asignación voluntaria del 0.7% de la cuota íntegra)”, *Crónica Tributaria*, núm. 136, 2010, págs. 85-102; PRESAS BARROSA, C.: “La nueva asignación tributaria en España a la Iglesia católica», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XVI, 2000, págs. 697-707.

³ BOE núm. 300, de 15 de diciembre de 1979.

establecía que transcurridos tres ejercicios completos desde su firma –por tanto a partir del ejercicio de 1984–, se sustituyera el hasta entonces vigente sistema de dotación presupuestaria por un sistema de asignación tributaria, al que se debía tender de forma progresiva a través de un modelo mixto en el mencionado plazo de tres años. Este sistema de asignación tributaria supone que el Estado asigne a la Iglesia Católica un porcentaje del rendimiento de la imposición sobre la renta o el patrimonio neto u otra renta gravada de carácter personal, para lo que será preciso que cada contribuyente manifieste expresamente en la declaración respectiva su voluntad acerca del destino de la parte afectada. En ausencia de tal declaración, la cantidad correspondiente será destinada a otra finalidad.

Sin embargo, el cambio al sistema de asignación tributaria no se produjo hasta el año 2006, con más de veinte años de retraso. La modificación se articuló a través de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007⁴, que en su Disposición adicional decimoctava establece el sistema de asignación tributaria en el IRPF como mecanismo de financiación directa de la Iglesia Católica, con carácter indefinido.

Al margen de las muchas críticas que se le pueden realizar a este sistema de financiación –la más evidente, por qué se prevé solo a favor de la Iglesia Católica– este cambio del sistema de dotación presupuestaria al sistema de asignación tributaria ha sido bien valorado por la doctrina, pues refleja la voluntad de los contribuyentes al otorgarles la capacidad de decidir si desean o no colaborar en el sostenimiento de esta confesión religiosa⁵.

Sin embargo, es necesario hacer una puntualización, pues, a pesar de que la Ley de Presupuestos señala que este sistema de financiación se establece con carácter indefinido, esta previsión contradice, en el fondo, lo dispuesto en el Acuerdo sobre asuntos económicos de 1979. Según dispone éste, el sistema de asignación tributaria tampoco debería entenderse como un sistema de financiación con vocación de permanencia, sino como un sistema dinámico que, al menos, debe ser objeto de examen atendiendo a las posibilidades financieras de que disponga esta confesión religiosa. Como el propio Acuerdo de asuntos económicos plasma *“la Iglesia Católica declara su propósito de lograr por sí misma los recursos suficientes para la atención de sus necesidades. Cuando fuera conseguido este propósito, ambas partes se pondrán de acuerdo para sustituir los sistemas de colaboración financiera expresada en los párrafos anteriores de este artículo, por otros campos y formas de colaboración económica entre la Iglesia Católica y el Estado”*, de modo que la Iglesia

⁴ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1996.

⁵ En este sentido señala PRESAS BARROSA que, con la modificación *“no sólo se supera, además, así, el enojoso dilema hasta ahora propuesto sino que se respeta al máximo la voluntad del declarante, ya que, en el supuesto de que no considere oportuno apoyar con sus impuestos a cualquiera de las dos opciones, se sigue escrupulosamente su voluntad. A nuestro modo de ver, y desde un punto de vista de valoración del reconocimiento de la libertad religiosa, nos parece que la propuesta ahora desarrollada resulta sumamente positiva, ya que el declarante apoya a la Iglesia católica, en el caso de que lo considere oportuno, sin tener por ello que renunciar a favorecer con sus impuestos una financiación de las ONG que le pueda parecer, asimismo, idónea”*. Vid. PRESAS BARROSA, C.: *“La nueva asignación tributaria en España a la Iglesia católica”*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, ob. cit. pág. 701. En el mismo sentido CUBERO TRUYO, A., SANZ GÓMEZ, R.: *“La declaración de IRPF como cauce de financiación de la Iglesia Católica (Asignación voluntaria del 0.7% de la cuota íntegra)”*, ob. cit. pág. 93.

Católica deberá tender a la autosuficiencia financiera en el cumplimiento de lo pactado en el referido Acuerdo.

1.2. La asignación tributaria: caracteres fundamentales

La asignación tributaria supone la transferencia a la Iglesia Católica del 0.7% de la cuota íntegra del contribuyente⁶. A estos efectos, se entiende por cuota íntegra del IRPF la formada por la suma de la cuota íntegra estatal y de la cuota íntegra autonómica. Para que tal transferencia se produzca se requiere el ejercicio de la opción por el sujeto pasivo del impuesto en su autoliquidación del IRPF (modelo 100), que se presentará anualmente.

En relación al ejercicio de esta opción es preciso indicar que debe efectuarse en cada ejercicio, no suponiendo ninguna obligación de mantenimiento en los ejercicios siguientes⁷.

Junto a la opción prevista para la asignación tributaria a la Iglesia Católica, se prevé otra para “fines de interés social”⁸, que supone que el Estado destinará a subvencionar actividades de interés social el 0,7% de la cuota íntegra del IRPF correspondiente a los contribuyentes que manifiesten expresamente su voluntad en tal sentido⁹. En este punto se puede plantear si cabría la financiación de otras confesiones religiosas a través de esta asignación, pero entre estos “fines de interés social” no se prevén los de carácter religioso, lo que descarta la financiación a través de estas partidas a otras confesiones.

Ambas asignaciones tributarias son compatibles, de modo que el contribuyente podrá optar por:

- Marcar ambas casillas, Iglesia católica y fines sociales: en este caso se destinará un 0,7% a cada una de las opciones.
- Marcar una de las dos casillas: fines sociales o Iglesia católica.

⁶ A este respecto se puede plantear la cuestión de por qué se ha optado por la cuota íntegra, y no por la cuota líquida o la cuota diferencial. Sobre este particular se recomienda consultar la obra ya citada de CUBERO TRUYO, A., SANZ GÓMEZ, R.: “La declaración de IRPF como cauce de financiación de la Iglesia Católica (Asignación voluntaria del 0.7% de la cuota íntegra)”, ob. cit. págs. 95 y ss.

⁷ A este respecto es preciso tener en cuenta que el programa de ayuda para la presentación de la autoliquidación del IRPF (Renta web) asignará al contribuyente de forma automática la opción que hubiese ejercido en su declaración del ejercicio anterior, si bien podrá modificarlo si lo desea.

⁸ En el Impuesto sobre Sociedades, desde el ejercicio 2019, las entidades sujetas a este tributo disponen también de la posibilidad de destinar un 0.7% de la cuota íntegra a fines sociales, si bien no se prevé ninguna asignación a la Iglesia Católica similar a la vigente en el IRPF.

⁹ Según el artículo 2 del Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación (BOE núm. 155, de 29 de junio de 2013), son ejes de las actividades de interés general consideradas de interés social los siguientes: la atención a las personas con necesidades de atención integral socio-sanitaria, la atención a las personas con necesidades educativas o de inserción laboral, el fomento de la seguridad ciudadana y prevención de la delincuencia, la protección del medio ambiente y la cooperación al desarrollo.

- No marcar ninguna opción: en cuyo caso el 0,7% de la cuota íntegra del IRPF se imputará a los Presupuestos Generales del Estado con destino a fines generales.

1.3. La asignación tributaria en cifras

Si nos ocupamos de las magnitudes cuantitativas que ofrece el mecanismo de asignación tributaria en el IRPF, debemos atender a dos indicadores. Por un lado, el relativo al porcentaje de contribuyentes que optan por marcar la casilla de la Iglesia Católica en su declaración de la renta y el importe de la asignación que determina tal opción. Por otro lado, el destino de esa asignación de acuerdo con la memoria económica publicada por la Conferencia Episcopal.

En cuanto a la cuantía de la asignación y al porcentaje de contribuyentes que optan por ella, la Memoria de la Administración Tributaria de 2018 recoge los siguientes datos:

Evolución de la asignación tributaria a la Iglesia Católica y a otros fines de interés social. IRPF 2013-2017

Ejercicios	% Declaraciones				Asignación (millones de euros)	
	Iglesia Católica	Otros fines sociales	Ambas opciones	Sin asignación	Iglesia Católica	Otros fines sociales
2013	18,2	36,0	17,0	28,8	226,4	284,0
2014	16,0	34,5	19,1	30,4	231,3	296,4
2015	14,2	34,5	21,0	30,3	227,4	299,9
2016	12,7	33,1	21,1	33,1	232,7	314,2
2017	12,0	33,1	21,6	33,3	243,8	334,2

Fuente: Memoria de la Administración Tributaria. Año 2018.

Según esta información el porcentaje de contribuyentes que marcan la casilla de la Iglesia Católica ha disminuido progresivamente, sin embargo, paradójicamente, la cuantía de la asignación ha aumentado, lo que indica que aunque los contribuyentes que optan por esa asignación son menos en número, su cuota íntegra es mayor. Esta tabla ofrece una tendencia decreciente en el número de contribuyentes que optaron por la asignación a la Iglesia Católica en el periodo 2013-2017, pero en la declaración del ejercicio 2018 este dato se ha revertido, adoptado una tendencia al alza, que alcanzó casi el 33% de los contribuyentes y cifras record también en cuanto a la cuantía de la asignación.

Respecto a su destino, la Memoria económica de la Conferencia Episcopal Española del año 2018 refleja que el destino de la cuantía percibida vía asignación tributaria es el siguiente:

Empleos (cifras en €)	Realizado
4. Envío a las diócesis para su sostenimiento	202.095.202,98
5. Seguridad Social del clero	18.395.707,21
6. Aportación extraordinaria Cáritas diocesanas	6.243.398,00
7. Centros de formación (Facult. Ecles., UPSA, Colegio de Roma y Casa de Jerusalén)	5.216.068,30
8. Campañas comunicación y Plan de transparencia	5.130.734,38
9. Ayuda para rehabilitación y construcción de templos (compensación de IVA)	3.955.640,32
10. Actividades pastorales nacionales	3.541.472,79
11. Funcionamiento Conferencia Episcopal Española	2.624.351,52
12. Retribuciones señores obispos	2.322.505,75
13. Actividades pastorales en el extranjero	1.280.441,30
14. Conferencia de Religiosos	1.075.145,16
15. Instituciones de la Santa Sede	503.379,40
16. Fondo para proyectos monasterios	228.141,00
17. Ordinariato Iglesias orientales	168.725,04
Total empleos	252.780.913,15

Fuente: Memoria económica de la Conferencia Episcopal Española. Año 2018.

1.4. Los mecanismos de financiación directa de otras confesiones religiosas

Para finalizar, es preciso hacer una breve referencia a los mecanismos de financiación directa de que disfrutaban otras confesiones religiosas. Además de la Iglesia Católica, las confesiones religiosas reconocidas y los acuerdos de cooperación suscritos hasta la fecha son los siguientes¹⁰:

- Las Iglesias Evangélicas: **Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España**¹¹.
- Las Comunidades Judías: **Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España**¹².
- Las Comunidades Musulmanas: **Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España**¹³.

En el proceso de elaboración de estos acuerdos del año 1992, las distintas confesiones religiosas manifestaron opiniones diversas en relación a la previsión de alguna fuente de financiación directa. Mientras que las Comunidades Musulmanas reclamaban un sistema de dotación presupuestaria, las Iglesias Evangélicas no mostraron una opinión unánime al

¹⁰ No obstante, la naturaleza jurídica de todos estos acuerdos de cooperación no es la misma que el Acuerdo con la Santa Sede, ya que, mientras este tiene rango de Tratado Internacional, los restantes acuerdos de cooperación tienen rango de Ley Ordinaria.

¹¹ BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992.

¹² BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992.

¹³ BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992.

respecto y las Comunidades Judías rechazaron ya de inicio acogerse a un sistema de financiación como el previsto para la Iglesia Católica.

En la actualidad, el mecanismo de financiación directa de que disponen estas confesiones religiosas se articula a través de la Fundación del sector público “Pluralismo y Convivencia”, creada en el año 2004 con la finalidad de sufragar iniciativas culturales, educativas, de integración social y de fortalecimiento institucional de las Confesiones de notorio arraigo, si bien excluye las actividades directamente religiosas. Esta Fundación se financia a través de una partida en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado¹⁴.

2. Las fuentes de financiación indirecta: marco general de los beneficios fiscales aplicables

La Iglesia Católica y las restantes confesiones religiosas con las que se ha alcanzado un acuerdo de cooperación disfrutaban de distintas fuentes de financiación “indirecta”, entendiéndose por tales aquellas que representan determinados beneficios fiscales que suponen un trato favorable respecto al dado a la generalidad de los contribuyentes.

Partiendo de los beneficios fiscales establecidos en impuestos vigentes en nuestro país, y para lograr una exposición que permita al lector obtener una idea, lo más certera posible, del número y caracteres de estos beneficios, emplearemos una clasificación de los impuestos atendiendo a su ámbito territorial: impuestos estatales, impuestos autonómicos (o cedidos en gran medida a las autonomías) e impuestos locales. Dentro de esta clasificación realizaremos una subdivisión en función del elemento gravado por el impuesto en cuestión, lo que nos permitirá discernir entre impuestos directos, que son los que gravan la renta, e impuestos indirectos, siendo estos los que gravan el consumo. Finalmente, y a fin de abordar todas las fuentes de financiación indirecta provenientes del sistema fiscal, haremos referencia a las exenciones aplicables en otros tributos, como son las tasas y las contribuciones especiales.

El punto de partida para abordar las fuentes de financiación indirecta es la determinación de su marco legal. Este aparece configurado por los siguientes textos fundamentales:

- El mencionado Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos económicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano¹⁵: en el que se

¹⁴ A este respecto señala TORRES GUTIÉRREZ que “*la Fundación Pluralismo y Convivencia se ha venido financiando de forma prácticamente exclusiva mediante subvenciones directas a través de los PGE, que han representado un porcentaje cercano al 99% de sus ingresos totales, desde su creación, demostrando por un lado una extraordinaria debilidad para generar ingresos propios, y una gran dependencia de los PGE, y de las fuertes fluctuaciones que la subvención prevista en los mismos ha experimentado, especialmente en los últimos años, debido a los recortes de gasto público impuestos por la necesidad de equilibrar las cuentas del sector público*”. Vid. TORRES GUTIÉRREZ, A.: “Aspectos legales de la financiación de las confesiones religiosas minoritarias en España y los acuerdos de 1992”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 44, 2017.

¹⁵ BOE núm. 300, de 15 de diciembre de 1979.

establece, con carácter particular para la Iglesia Católica, las directrices que regirán sus relaciones económicas, comprendiendo estas las fiscales, con el Estado español.

- Los restantes acuerdos alcanzados con las diferentes confesiones religiosas: Iglesias Evangélicas, Comunidades Judías y Comunidades Musulmanas: a los que hemos hecho referencia en el apartado anterior.
- Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo¹⁶: esta Ley posee un carácter general, en el sentido de que resulta aplicable a distintas entidades, incluidas la Iglesia Católica y otras confesiones religiosas, siempre que cumplan con los requisitos para ser incluidas en el ámbito de aplicación de la misma.

Junto a estos textos, podemos encontrar otros en los que, aunque se regula de manera específica algunos tributos, se incluyen referencias a la Iglesia Católica o a otras confesiones en su articulado, a los que nos remitiremos a lo largo de los siguientes apartados.

2.1. Impuestos estatales

2.1.1. Impuestos directos

Los principales exponentes de la imposición directa en nuestro país son el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF) y el Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS). Careciendo la Iglesia Católica de la cualidad de persona física y quedando, por tanto, fuera del ámbito de aplicación del IRPF, expondremos los beneficios de que disfruta en el IS.

A este respecto, es preciso indicar que la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades¹⁷, no recoge ninguna previsión específica en la que se establezcan beneficios fiscales para este tipo de entidades. No obstante, no le es totalmente ajena, pues de la definición de contribuyente que recoge este texto legal¹⁸ se deriva que la Iglesia

¹⁶ BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2002.

¹⁷ BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

¹⁸ El artículo 7.1.a) de la Ley 27/2014 señala que serán contribuyentes del Impuesto las personas jurídicas, excluidas las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil. El reconocimiento de la personalidad jurídica de la Iglesia Católica en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede de 1979, aunque ha resultado una cuestión discutida (en este sentido véase SUÁREZ PERTIERRA. G.: “La personalidad jurídica de la Iglesia en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos”, *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 36, núm. 104-105, 1980, págs. 469-492), supuso la consideración de esta confesión religiosa como sujeto pasivo del IS, a tenor de la definición de sujeto pasivo que recogía la Ley 61/1979, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. En consecuencia, se alcanzó el “Acuerdo de 10 de octubre de 1980 acerca de la aplicación del Impuesto sobre Sociedades a las Entidades eclesiásticas elaborado por la Comisión Técnica Iglesia-Estado Español, en cumplimiento del Acuerdo sobre asuntos económicos entre España y la Santa Sede de 4 de diciembre de 1979 (BOE núm. 111, de 9 de mayo de 1981), en el que se señalaba, respecto al sujeto pasivo lo siguiente: “*Son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades aquellas Entidades eclesiásticas que tengan personalidad jurídica civil. No obstante, el Ministerio de Hacienda, a petición de las Entidades eclesiásticas afectadas, reconocerá como sujetos pasivos a Entidades con un ámbito más amplio. Atendiendo a razones prácticas y de mutua conveniencia para la Iglesia y para el Estado, el Ministerio de Hacienda aconseja como nivel más*

Católica, así como los distintos organismos o entidades que la conforman o que dependen de ella, son sujetos pasivos de este Impuesto, por lo que quedarán obligados, en principio a declarar las rentas que obtengan a consecuencia de sus actividades en este tributo.

Sin embargo, si acudimos a una Ley especial, como es la mencionada Ley del Mecenazgo, encontramos un tratamiento fiscal favorable en el IS para determinadas entidades que realicen actividades de interés social sin carácter lucrativo. Se trata del Régimen especial para las Entidades sin Fines Lucrativos, que resulta de aplicación para la Iglesia Católica, otras entidades que dependen de ella. En particular, la Disposición Adicional Novena de la Ley del Mecenazgo señala que tanto la Iglesia Católica y como las iglesias, confesiones y comunidades religiosas que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado español, aplicarán el Régimen fiscal especial para las entidades sin fines lucrativos¹⁹. Este régimen fiscal especial será también de aplicación a las asociaciones y entidades religiosas que se dediquen a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas u hospitalarias.

La aplicación de este régimen fiscal está condicionada a que tales entidades cumplan, entre otros, los siguientes requisitos:

- Que persigan fines de interés general.
- Que destinen a la realización de dichos fines al menos el 70 por 100 de las sus rentas e ingresos.
- Que la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria.
- Que elaboren anualmente una memoria económica en la que se especifiquen los ingresos y gastos del ejercicio, de manera que puedan identificarse por categorías y por proyectos, así como el porcentaje de participación que mantengan en entidades mercantiles.
- Que, en caso de disolución, su patrimonio se destine en su totalidad a alguna de las entidades consideradas como entidades beneficiarias del mecenazgo.

En materia de IS, este régimen fiscal especial supone que las entidades sin fines lucrativos gozan de una exención en muchas de las rentas que obtengan, entre las que destacamos las siguientes²⁰:

- Las derivadas de donativos y donaciones para colaborar con los fines de la entidad.
- Las ayudas recibidas en virtud de convenios de colaboración empresarial.
- Las subvenciones que se destinen a financiar una actividad exenta.

idóneo para configurar el sujeto pasivo de las Entidades eclesiásticas, el de diócesis o provincia religiosa que comprenda todas las actividades y rendimientos de las personas morales inferiores que de ellas dependen”, disposición que no deja dudas de su sujeción a este Impuesto.

¹⁹ Este beneficio fiscal no es novedoso, pues tanto la Iglesia Católica, a consecuencia del Acuerdo sobre asuntos económicos, como los restantes acuerdos de cooperación suscritos con confesiones religiosas reconocidas en nuestro país, ya preveían una exención total en el IS.

²⁰ Es preciso indicar, a efectos formales, que la aplicación de estas exenciones no implica que las entidades acogidas a este régimen especial no deban presentar la declaración del IS: deberán hacerlo incluyendo la totalidad de las rentas obtenidas, tanto las exentas como las no exentas.

- Las procedentes del patrimonio mobiliario o inmobiliario, como son las derivadas del alquiler de inmuebles o de los dividendos y participaciones en beneficios de entidades.
- Las derivadas de adquisiciones y transmisiones, tanto a título oneroso (por ejemplo, las compraventas), como a título gratuito (por ejemplo, las donaciones).
- Las obtenidas en el ejercicio de explotaciones económicas exentas.
- Las que de acuerdo con la normativa tributaria deban ser atribuidas o imputadas a las entidades sin fines lucrativos.

Como se puede observar, en virtud de este régimen especial una parte muy importante de los rendimientos que obtiene la Iglesia Católica y sus entidades queda exento de tributación en el IS, lo que supone sin duda una aportación indirecta a la financiación de esta confesión religiosa, pues se ve privada de pagar a la Hacienda Pública lo que otras entidades sujetas al IS pero no incluidas en este régimen deben aportar. No obstante, como se ha indicado previamente, esta Ley no es de exclusiva aplicación a la Iglesia Católica, ni es esta confesión religiosa la única que se beneficia del régimen fiscal favorable que establece, sino que se trata de una norma general de aplicación a toda entidad que reúna los requisitos establecidos en su articulado y que, además, incluye expresamente a otras confesiones religiosas con las que el Estado español mantiene acuerdos de cooperación.

2.1.2. Impuestos indirectos

Si, cuando abordábamos la imposición directa afirmábamos que los principales exponentes son el IRPF y el IS, lo mismo podemos afirmar en materia de imposición indirecta si nos referimos al Impuesto sobre el Valor Añadido y al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. En este caso ambos impuestos prevén reglas fiscales especiales para la Iglesia Católica, por lo que los abordaremos separadamente.

- El Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA)

En el IVA la Iglesia Católica venía disfrutando de una exención, derivada de lo dispuesto en el Acuerdo sobre asuntos económicos de 1979, al que *supra* nos referimos. El fundamento de este beneficio era que el Acuerdo sobre asuntos económicos, en sus artículos III y IV, preveía una exención total en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales²¹. Al introducirse el IVA en España en 1992, que sustituyó a otros tributos que gravaban el consumo, se estableció la aplicación de la exención reconocida en el Acuerdo de 1979 también a este nuevo impuesto, pues el artículo 2 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido²² (en adelante, LIVA) establece que “en la aplicación del

²¹ El artículo III señala que “no estarán sujetas a los impuestos sobre la renta o sobre el gasto o consumo, según proceda: (...) c) La adquisición de objetos destinados al culto”. Por su parte, el artículo IV del mismo Acuerdo señala que “la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las diócesis, las parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones religiosas y los Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas tendrán derecho a las siguientes exenciones: (...) C) Exención total de los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones y Transmisiones Patrimoniales, siempre que los bienes o derechos adquiridos se destinen al culto, a la sustentación del clero, al sagrado apostolado y al ejercicio de la caridad”.

²² BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1992.

impuesto se tendrá en cuenta lo dispuesto en los Tratados y Convenios Internacionales que formen parte del ordenamiento interno español”, entendiéndose que tiene tal condición el Acuerdo sobre asuntos económicos de 1979. Además, el apartado 2 del Protocolo adicional del Acuerdo dispone que *“ambas Partes, de común acuerdo, señalarán los conceptos tributarios vigentes en los que se concretan las exenciones y los supuestos de no sujeción enumerados en los artículos III a V del presente Acuerdo. Siempre que se modifique sustancialmente el ordenamiento jurídico-tributario, ambas Partes concretarán los beneficios fiscales y los supuestos de no sujeción que resulten aplicables de conformidad con los principios de este Acuerdo”*. Con ello, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 29 de febrero de 1988, aclaró el alcance de la no sujeción y de las exenciones establecidas en el citado Acuerdo respecto a este Impuesto²³. No obstante, por razones de seguridad jurídica, y considerando el elevado importe de algunas de las operaciones, se estableció que la aplicación efectiva de las exenciones estaba condicionada a su solicitud y reconocimiento previo por parte de la Delegación o Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en cuya circunscripción radicase el domicilio fiscal de las entidades respectivas.

Sin embargo, en el año 2005 la Comisión Europea inició un expediente de infracción en relación con el tratamiento de estas operaciones, por entenderlo contrario al Derecho Comunitario, razón por la que comunicó la obligación de modificar la normativa vigente para adecuarla a los compromisos adquiridos por España como Estado miembro de la Unión. Ante esta situación, y en el marco de la reforma en el sistema de financiación del Iglesia Católica efectuado a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2007²⁴, el Gobierno del momento emite una Orden Ministerial, la “Orden EHA/3958/2006, de 28 de diciembre, por la que se establecen el alcance y los efectos temporales de la supresión de la no sujeción y de las exenciones establecidas en los artículos III y IV del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, respecto al Impuesto sobre el Valor Añadido y al Impuesto General Indirecto Canario”²⁵, en la que el Ministro de Hacienda del momento, haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 12.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria²⁶ (en adelante, LGT) para dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las

²³ Orden de 29 de febrero de 1988 por la que se aclara el alcance de la no sujeción y de las exenciones establecidas en los artículos III y IV del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, respecto al IVA (BOE núm. 62, de 12 de marzo de 1988). Posteriormente, la Dirección General de Tributos emitió la Resolución de 30 de mayo de 1988, sobre cuestiones suscitadas por la interpretación de la Orden ministerial de 29 de febrero de 1988, por la que se aclara el alcance de la no sujeción y de las exenciones establecidas en los artículos III y IV del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 de Enero de 1979, respecto al Impuesto sobre el Valor Añadido.

²⁴ En la propia Orden EHA/3958/2006 se ofrecen más detalles del proceder a este respecto, indicando que *“en este sentido, la revisión del sistema de asignación tributaria a la Iglesia Católica regulado en la disposición adicional decimoctava de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2007, conlleva la renuncia expresa por parte de la Iglesia Católica a los mencionados beneficios fiscales relativos al Impuesto sobre el Valor Añadido. Esta circunstancia se ha concretado, en el marco del mecanismo de consultas y concertación previsto en el artículo VI del Acuerdo sobre Asuntos Económicos de 1979 y en el apartado 2 de su Protocolo Adicional, en el Canje de Notas de 22 de diciembre de 2006 entre el Estado Español y la Santa Sede”*.

²⁵ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 2006.

²⁶ BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003.

leyes y demás normas en materia tributaria, suprimen todos los beneficios fiscales que venía disfrutando la Iglesia Católica respecto al IVA²⁷.

Por lo tanto, en la actualidad el único precepto que recoge un beneficio fiscal en el IVA para la Iglesia Católica, pero también para las restantes confesiones religiosas, es el artículo 20. Uno apartado 12º, según el cual están exentas “*las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorias a las mismas efectuadas directamente a sus miembros por organismos o entidades legalmente reconocidos que no tengan finalidad lucrativa, cuyos objetivos sean de naturaleza política, sindical, religiosa, patriótica, filantrópica o cívica, realizadas para la consecución de sus finalidades específicas, siempre que no perciban de los beneficiarios de tales operaciones contraprestación alguna distinta de las cotizaciones fijadas en sus estatutos*”. Esto es, estarán exentos del IVA los bienes y servicios derivados de la actividad estrictamente religiosa, pero no aquellos que, aun realizándose en el marco de las actividades de la confesión religiosa en cuestión, posean otro tipo de finalidad que difiera de lo religioso.

²⁷ A este respecto, el artículo 1 de la Orden EHA/3958/2006 recoge no solo la nueva regulación aplicable a este respecto, sino también el régimen transitorio previsto, indicando: “1. A las operaciones que se entiendan realizadas a partir del 1 de enero de 2007 y que tengan por destinatarias a la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las diócesis, las parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones religiosas y los Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas, no les serán de aplicación los supuestos de exención o de no sujeción que se han venido aplicando a estas operaciones hasta el 31 de diciembre de 2006. Excepcionalmente, las operaciones cuya exención se haya solicitado y reconocido por la Delegación o Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria antes del 1 de enero de 2007 mantendrán el régimen tributario de exención, en su caso, reconocido, aunque las operaciones se realicen a partir de esta fecha. Lo dispuesto en este apartado ha de entenderse sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera otros beneficios fiscales contenidos en la normativa reguladora del Impuesto. 2. El artículo 94 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, señala las operaciones que generan el derecho a la deducción. Las operaciones a las que han venido siendo aplicables los supuestos de no sujeción o de exención vigentes hasta el 31 de diciembre de 2006 antes referidos no se incluyen entre ellas, por lo que dichas operaciones no generaban el derecho a la deducción de las cuotas soportadas o satisfechas por los empresarios o profesionales que las realizasen. Considerando lo dispuesto en el apartado 1 anterior, las operaciones que, conforme a lo dispuesto en el mismo, pasen a ser consideradas sujetas y no exentas generarán, conforme a lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley 37/1992, el derecho a la deducción de las cuotas soportadas o satisfechas por la adquisición o importación de los bienes y servicios utilizados en su realización. Por el contrario, las operaciones exentas conforme a los criterios señalados en el apartado 1 anterior seguirán el régimen de deducciones que les corresponda en función de su naturaleza y de lo dispuesto en las demás normas reguladoras del derecho a la deducción. 3. A partir del 1 de enero de 2007 no será de aplicación el procedimiento especial de devolución previsto en la Orden de 29 de febrero de 1988 con la finalidad de resarcir a los empresarios o profesionales en régimen especial de recargo de equivalencia de las cuotas del recargo repercutidas por sus proveedores correspondientes a las entregas de objetos de culto que se encontraban no sujetas hasta el 31 de diciembre de 2006, en cuanto que a partir de dicha fecha las citadas entregas pasan a estar sujetas y no exentas del tributo. Sin perjuicio de ello, se tramitarán de acuerdo con lo regulado en la citada Orden los expedientes de devolución derivados de las entregas de objetos de culto efectuadas hasta 31 de diciembre de 2006”.

- El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD)

Como indicamos en el apartado dedicado al IVA, en el Acuerdo sobre asuntos económicos de 1979 incluía expresamente una exención para el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (en adelante ITP). Sin embargo, el ITP vigente en tal data no es el mismo que el ITPAJD vigente en la actualidad, pues muchas de las operaciones que gravaba este han pasado a quedar sujetas al IVA, por lo que el propio concepto del impuesto y su regulación ha variado.

En primer término es preciso indicar que bajo la denominación ITPAJD se comprenden tres modalidades distintas: el Impuesto sobre Operaciones Societarias, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. Estas tres modalidades se regulan en el 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 adelante, TRLITPAJD). Este texto legal recoge disposiciones comunes a las tres modalidades y otras específicas para cada una de ella. Dentro de las disposiciones comunes y, particularmente, en el artículo 45 del TRLITPAJD, relativo a las exenciones subjetivas y objetivas aplicables a las tres modalidades del tributo, se recoge una exención total referente a *“la Iglesia Católica y las iglesias, confesiones y comunidades religiosas que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado español”*. Por tanto, tanto la Iglesia Católica, como otras confesiones religiosas quedarán exentas del pago de estos tributos, siempre que tengan suscritos convenios de cooperación con el Estado Español²⁸. El origen de esta exención se halla en la mencionada Ley del Mecenazgo, que modificó el artículo 45 ampliando el número de entidades beneficiarias de esta exención subjetiva.

2.2. Impuestos autonómicos

En este apartado nos referiremos a dos impuestos que, aunque en puridad no son autonómicos, sino estatales, pues su regulación de base procede del ámbito estatal, tienen un gran número de competencias cedidas a las Comunidades Autónomas, disponiendo estas de unas amplias facultades en el establecimiento de sus condiciones de aplicación y gestión. Nos estamos refiriendo al Impuesto sobre Sucesiones y al Impuesto sobre el Patrimonio. En ambos casos, ya adelantamos al lector que no nos encontraremos ante exenciones, sino ante supuestos de no sujeción.

- Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD)

Siendo la Iglesia Católica y sus entidades, así como otras confesiones religiosas, posibles beneficiarias tanto de herencias como de donaciones, puede surgir la duda de cuál será el tratamiento fiscal de estas transmisiones en estos impuestos. La propia Ley 29/1987, de 18

²⁸ Al igual que ocurre con la exención en el IS, este beneficio fiscal no es una novedad de la Ley del Mecenazgo, pues tanto la Iglesia Católica, a consecuencia del Acuerdo sobre asuntos económicos, como los restantes acuerdos de cooperación suscritos con confesiones religiosas reconocidas en nuestro país, ya preveían una exención en el ITPAJD.

de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones²⁹ (en adelante, LISD) resulta aclaratoria al respecto, ya cuando define su sujeto pasivo en el artículo 5 “*estarán obligados al pago del Impuesto a título de contribuyentes, cuando sean personas físicas...*”. Por tanto, este impuesto solo gravará a los contribuyentes personas físicas, no siendo este el caso de la Iglesia Católica o de sus entidades, ni de otras confesiones religiosas, ni en las adquisiciones *mortis causa*, pues el sujeto pasivo será el causahabiente, ni en las adquisiciones *inter vivos*, pues el sujeto pasivo será el donatario³⁰.

Además de esta exclusión por carecer de la condición de sujeto *pasivo del Impuesto*, la LISD va más allá y, en su Disposición final cuarta señala que “*los incrementos de patrimonio a título gratuito adquiridos por las entidades a que se refieren los artículos IV y V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, estarán exentos en el Impuesto sobre Sociedades, cuando concurren las condiciones y requisitos exigidos por dicho acuerdo para disfrutar de exención en el impuesto que grava las sucesiones y donaciones. El mismo beneficio será aplicable a las Asociaciones confesionales no católicas reconocidas, cuando concurren las condiciones y requisitos establecidos en los artículos 6.º y 7.º de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, sobre Libertad Religiosa*”, estableciendo, de este modo, una exención también en el IS para este tipo de transmisiones realizadas a favor de la Iglesia Católica, sus entidades u otras confesiones religiosas.

No obstante, esta disposición se considera superada en virtud de lo dispuesto en la Ley del Mecenazgo, pues, como se indicó en el apartado dedicado al IS, una de las exenciones previstas en el Régimen especial para entidades sin fines lucrativos se refiere a las rentas derivadas de adquisiciones o transmisiones, por cualquier título, de bienes y derechos.

- Impuesto sobre el Patrimonio (IP)

Al igual que ocurre con el IRPF y con el ISD, este impuesto no resulta de aplicación a la Iglesia Católica, ni a sus organismos o entidades, ni a otras confesiones, al carecer estos de la cualidad de persona física, ya que, según el artículo 5.1 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio³¹, solo serán sujetos pasivos de este tributo aquellos que ostenten tal cualidad.

2.3. Impuestos locales

Las exenciones aplicables a la Iglesia Católica en los impuestos locales han sido de las que más repercusión pública han tenido, particularmente las referidas al Impuesto sobre Bienes Inmuebles y al Impuesto sobre Instalaciones, Construcciones y Obras. Sin embargo, no son estos los únicos impuestos locales en los que se prevén exenciones para la Iglesia Católica, pues también existen otras en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de

²⁹ BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 1987.

³⁰ Cosa distinta es que el que recibe la herencia o la donación sea un integrante de la Iglesia Católica, por ejemplo, un sacerdote. En este caso, siendo una persona física, sí deberá tributar tanto en este impuesto.

³¹ BOE núm. 136, de 07 de junio de 1991.

Naturaleza Urbana (en adelante IIVTNU), y en el Impuesto sobre Actividades Económicas (en adelante, IAE), regulados todos ellos en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales³² (en adelante TRLHL). No obstante, en la determinación de las exenciones aplicables habrá que considerar tanto lo dispuesto en este texto legal, como lo previsto en la Ley del Mecenazgo, particularmente en su artículo 15.

- Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI)

El IBI, regulado en los artículos 59 y siguientes del TRLHL, es un tributo que grava el valor de los bienes inmuebles. La exención en el IBI de los inmuebles de la Iglesia Católica es una de las que más polémica genera, pues son numerosas las voces que alegan que esta confesión religiosa debería tributar en este impuesto por los inmuebles que posee.

En no pocos casos, de las informaciones publicadas en distintos medios en torno a esta cuestión, parece inferirse que fuera la Iglesia Católica la única confesión religiosa o la única entidad que se beneficia de esta exención. Sin ánimo de examinar la “justicia” o “injusticia” de este beneficio fiscal, consideramos que lo que sí es preciso es determinar el concreto alcance y caracteres de esta exención, así como qué entidades son beneficiarias de la misma para concluir si, efectivamente, existe tal privilegio.

Acudiendo al artículo 62 del TRLHL, en el que se regulan las exenciones en este impuesto, el apartado 1.c) establece una exención para los inmuebles de la Iglesia Católica en los términos previstos en el Acuerdo sobre asuntos económicos y para los de las asociaciones confesionales no católicas legalmente reconocidas, en los términos establecidos en los respectivos acuerdos de cooperación suscritos. A este respecto, el artículo IV.1 a) del Acuerdo sobre asuntos económicos de 1979 establece una exención total en la “Contribución Territorial Urbana” (el antecesor del actual IBI) para diferentes inmuebles de la Iglesia Católica³³.

Según lo dispuesto en el TRLHL no solo la Iglesia Católica se beneficiará de esta exención, también otras confesiones religiosas que prevean tal beneficio fiscal en sus respectivos acuerdos de cooperación, siendo esta una exención prevista en todos los acuerdos de cooperación con confesiones religiosas suscritos por el Estado español.

Pero, más allá de la exención prevista en el TRLHL para estas confesiones religiosas, el artículo 15.1 de la Ley del Mecenazgo prevé una exención en este Impuesto para todas

³² BOE núm. 59, de 09 de marzo de 2004.

³³ En particular, el mencionado precepto refiere los siguientes inmuebles:

- 1) Los templos y capillas destinados al culto y, asimismo, sus dependencias o edificios y locales anejos destinados a la actividad pastoral.
- 2) La residencia de los Obispos, de los Canónigos y de los Sacerdotes con cura de almas.
- 3) Los locales destinados a oficinas de la Curia diocesana y a oficinas parroquiales.
- 4) Los seminarios destinados a la formación del clero diocesano y religioso y las Universidades eclesiásticas en tanto en cuanto impartan enseñanzas propias de disciplinas eclesiásticas.
- 5) Los edificios destinados primordialmente a casas o conventos de las Órdenes, Congregaciones religiosas e Institutos de vida consagrada.

aquellas entidades calificadas como entidades sin fines lucrativos³⁴, ampliando, de esa forma el ámbito subjetivo de este beneficio fiscal, al que se podrá acoger cualquier entidad que cumpla los requisitos recogidos en la citada Ley para adquirir tal cualidad.

Ante las dudas surgidas por este crisol de disposiciones aplicables, así como por la diferente tipología de los bienes inmuebles de los que es titular la Iglesia Católica o las entidades que dependen de la misma³⁵, la DGT se pronunció en relación a la aplicación de la exención en el IBI a los bienes de la Iglesia Católica, a través de la Resolución Vinculante V2685-09 de 04 de Diciembre de 2009, en la que fija tres supuestos diferenciados:

1.- Si se trata de una entidad religiosa de la Iglesia Católica del artículo IV del Acuerdo sobre Asuntos Económicos (la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las diócesis, las parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones religiosas y los Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas), le resulta de aplicación la exención en el IBI prevista en el artículo 15.1 de la Ley del Mecenazgo. Esta exención debe ser directamente aplicada por la Administración tributaria, no siendo necesario el ejercicio de la opción por el régimen fiscal especial ni la comunicación al respectivo Ayuntamiento. Por tanto, respecto de estas entidades del artículo IV del Acuerdo, están exentos del IBI los siguientes inmuebles de que sea titular catastral, y sujeto pasivo, la mencionada entidad religiosa:

- Los que no estén afectos a explotaciones económicas.
- Y los que estén afectos a explotaciones económicas cuyas rentas se encuentren exentas del Impuesto sobre Sociedades, en virtud del artículo 7 de la Ley del Mecenazgo.

2.- Si se trata de las asociaciones y entidades religiosas comprendidas en el artículo V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado español y la Santa Sede (aquellas no comprendidas en el artículo IV y que se dediquen a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas u hospitalarias o de asistencia social), les será de aplicación la exención en el IBI prevista en el artículo 15.1 de la Ley del Mecenazgo, siempre que cumplan las siguientes condiciones:

- Cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 3 de la Ley del Mecenazgo para ser considerada una entidad sin fines lucrativos.
- Ejercicio de la opción por la aplicación del régimen fiscal especial mediante la correspondiente declaración censal.
- Comunicación al Ayuntamiento competente para la exacción del impuesto del ejercicio de la opción por la aplicación del régimen fiscal especial.
- Los inmuebles no deben estar afectos a explotaciones económicas no exentas del IS.

³⁴ Así, el artículo 15.1 de la Ley del Mecenazgo dispone lo siguiente: “Estarán exentos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles los bienes de los que sean titulares, en los términos previstos en la normativa reguladora de las Haciendas Locales, las entidades sin fines lucrativos, excepto los afectos a explotaciones económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades”.

³⁵ VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, A.: “Régimen fiscal de los bienes inmuebles de la Iglesia y, en particular, de los lugares de culto”, *Ius Canonicum*, vol. 52, 2012, págs. 609-664.

3.- Por último, y para el caso de que los bienes inmuebles de titularidad tanto de las entidades religiosas del artículo IV como de las del artículo V del Acuerdo, estén arrendados a terceros, es preciso tener en cuenta que el artículo 3.3 de la Ley del Mecenazgo establece que, a efectos de esta Ley, el arrendamiento del patrimonio inmobiliario de la entidad sin fines lucrativos no constituye una explotación económica. En este sentido, el artículo 6 de la Ley del Mecenazgo establece una exención para las rentas procedentes del patrimonio mobiliario o inmobiliario de la entidad, como son los dividendos y participaciones en beneficios de sociedades, intereses, cánones y alquileres. Esta exención se aplicará, aunque el arrendatario destine el inmueble a una actividad económica, pues la aplicación de la exención en el IBI solo se ve afectada por las actividades realizadas por el sujeto pasivo titular del derecho sobre el bien inmueble gravado, con independencia de las actividades futuras que pueda llevar a cabo el arrendatario del inmueble, en el caso de que todo o parte del inmueble gravado se ceda en arrendamiento a un tercero.

- Impuesto sobre Instalaciones, Construcciones y Obras (ICIO)

El ICIO, regulado en los artículos 100 y siguientes del TRLHL es, junto al IBI, el tributo local más problemático en cuanto al reconocimiento de una exención para la Iglesia Católica, si bien por diferente causa. Si los detractores de la aplicación de la exención en el IBI a la Iglesia Católica apelan a razones que tienen más que ver con la “justicia tributaria”, los que niegan la aplicación de la exención en el ICIO lo hacen por una cuestión netamente jurídica, al considerar que esta exención no se ajusta al Derecho Comunitario.

El fundamento de esta exención se encuentra en el apartado 1.B) del artículo IV del Acuerdo sobre asuntos económicos de 1979, en el que se establece una “*exención total y permanente de los impuestos reales o de producto, sobre la renta y sobre el patrimonio*”. Con base en esa previsión se vino aplicando habitualmente este beneficio fiscal, particularmente porque tanto distintos Tribunales Superiores de Justicia, como el propio Tribunal Supremo (en adelante, TS), en Sentencia de 19 de marzo de 2001, reconocieron la naturaleza real del tributo y, consecuentemente, la procedencia de la aplicación de la exención. No obstante, con el paso del tiempo, algunos Ayuntamientos comenzaron a cuestionar la legalidad de esta exención, no solo por dudar si se podría incluir dentro del precepto citado, sino también por considerar que se podría tratar de una ayuda de Estado contraria al de la Unión. El conflicto alcanzó cuestión el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y el 10 de febrero de 2016, el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 4 de Madrid presentó una cuestión prejudicial ante el TJUE, preguntando si esta exención vulnera el artículo 107.1 del TFUE y puede ser calificada, por tanto, como ayuda de Estado prohibida. La Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2017 (Asunto C-74/16), como respuesta a la cuestión prejudicial planteada, declaró que “*una exención fiscal como la controvertida en el litigio principal, de la cual se beneficia una congregación de la Iglesia Católica por las obras realizadas en un inmueble destinado al ejercicio de actividades sin una finalidad estrictamente religiosa, puede estar comprendida en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 107 TFUE, apartado 1, si tales actividades son de carácter económico y en la medida en que lo sean, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional*”. De esta forma, la exención fiscal en el ICIO, puede estar comprendida en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 107.1 del TFUE si las actividades desarrolladas en el inmueble en cuestión son de carácter económico. Es decir, que si el beneficio fiscal, en este caso a la Iglesia Católica por el ICIO, se califica

como una ayuda de Estado por destinarse el inmueble a actividades de carácter económico, esta exención cederá ante el Derecho comunitario³⁶.

Aunque esta Sentencia del TJUE abre la puerta a la posible consideración de este beneficio fiscal como ayuda de Estado prohibida, sin embargo, deja al criterio del juzgador español determinar si es así en cada caso.

A esta problemática se añade otra, referida a aquellos supuestos en que la construcción, instalación u otra se realiza en un inmueble propiedad de la Iglesia Católica pero destinado a un uso "público" o prestado sufriendo al sector público. Esto es, es necesario diferenciar entre la aplicación de esta exención a los inmuebles de la Iglesia destinados a su uso "particular", de aquellos otros destinados, por ejemplo a la educación concertada o a la actividad sanitaria.

Precisamente respecto a la exención en el ICIO para los inmuebles destinados a la educación concertada se pronuncia la Sentencia del TJUE citada. Algunos pronunciamientos jurisprudenciales internos, como la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Madrid, de 8 de enero de 2018, han rechazado la aplicación de esta exención, por considerarla efectivamente una ayuda de Estado prohibida. Estos pronunciamientos hacen referencia a un elemento clave, a nuestro modo de ver, para discernir la cuestión, al menos en lo que se refiere a los centros de educación concertada: la llevanza de una contabilidad separada para la actividad financiada con fondos públicos, y por tanto asimilable a la que presta el Estado, y otra para la actividad exclusivamente privada, respecto a la que no procedería la exención de acuerdo con lo establecido por el TJUE.

En la línea de este razonamiento se mueve la Resolución vinculante de la DGT, V3225-18, de 19 de diciembre de 2018, que habla de la aplicación proporcional de la exención, en la proporción que corresponda a la enseñanza concertada que se imparta en el centro, - sin obviar que, a este razonamiento muy fácilmente sustentable en la teoría, se le pueden plantear numerosas dificultades en su ejecución práctica³⁷. Más difícilmente justificable puede resultar la exención en el ICIO para los inmuebles destinados a la actividad "particular" de la Iglesia Católica, en especial para aquellos no vinculados con el Patrimonio histórico o artístico español.

³⁶ Resulta destacable el análisis que realiza TORRES GUTIÉRREZ en relación a la extensión de estos argumentos que permiten calificar la exención en el ICIO como ayuda de Estado prohibida por el Derecho de la Unión a las exenciones en el IBI e incluso en el IS, invitando a que, al menos, se inicie una reflexión serena al respecto. Vid. TORRES GUTIÉRREZ, A.: "Las exenciones fiscales de la Iglesia Católica en el Impuesto sobre Construcciones Instalaciones y Obras en España y su incompatibilidad con la normativa europea sobre ayudas de Estado", *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, núm. 3, 2017, págs. 659-660; TORRES GUTIÉRREZ, A.: "¿Límites? en la financiación de las confesiones religiosas en España: una asimetría de difícil encaje en los principios de laicidad y no discriminación", *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 35, 2019, págs. 117-119.

³⁷ Para determinar la parte proporcional destinada al uso público y privado, se han propuesto criterios diversos, como el basado en el número de unidades escolares o en el en el número de metros cuadrados de espacio utilizado para el uso público o mixto.

Respecto al reconocimiento de este beneficio a otras confesiones religiosas, ésta ha resultado una cuestión discutida, pues, aunque los acuerdos de cooperación suscritos con otras confesiones religiosas no hacen referencia a ninguna exención para tributos “reales”, su exclusión puede considerarse una vulneración del principio de igualdad³⁸. Por ello, aunque, acudiendo a sus textos reguladores no resultan beneficiarios de tal exención, algunos órganos jurisdiccionales la han reconocido³⁹.

- Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE)

Menos repercusión que la exención en el IBI tiene la exención en el IAE, que también se prevé tanto en el TRLHL como en la Ley del Mecenazgo. Este impuesto se regula en los artículos 78 y siguientes del TRLHL. El artículo 78 de este texto legal define este impuesto como un *“tributo directo de carácter real”*. Como señalamos en el apartado dedicado al ICIO, el artículo IV del Acuerdo sobre asuntos económicos recoge expresamente una exención total y permanente para todos los impuestos reales, lo que incluye al IAE. A mayor abundamiento, el propio TRLHL, cuando recoge en su artículo 82 las exenciones en este impuesto, señala en su apartado segundo que estarán exentos *“los sujetos pasivos a los que les sea de aplicación la exención en virtud de tratados o convenios internacionales”*, poseyendo el Acuerdo sobre asuntos económicos tal rango de tratado internacional.

Aunque en los acuerdos de cooperación que el Estado español ha alcanzado con otras confesiones religiosas no se hace referencia a ninguna exención en el IAE, el artículo 15.2 de la Ley del Mecenazgo prevé una exención en este impuesto para las entidades sin fines lucrativos que cumplan los requisitos de esa Ley. Como señalamos en el apartado dedicado al IS, tanto la Iglesia Católica como otras confesiones religiosas se consideran entidades sin fines lucrativos a efectos de la aplicación de los beneficios fiscales previstos en la Ley del mecenazgo, por lo que estarán exentas del IAE con base en lo dispuesto en el referido precepto. No solo otras confesiones religiosas, sino cualquier otra entidad que cumpla los requisitos previstos para ser beneficiaria del régimen fiscal favorable previsto en la Ley del mecenazgo. No obstante, como puntualiza el antecitado precepto, todas las entidades

³⁸ Como señala CAÑAMARES ARRIBAS *“el reconocimiento de la exención del I.C.I.O. a favor de la Iglesia católica ha planteado algunas dudas desde la perspectiva de la igualdad religiosa, ya que dicha exención no se encuentra reconocida ni directa ni indirectamente en los acuerdos firmados con las confesiones religiosas minoritarias, donde se emplea una terminología tributaria más actual que prescinde de referencias genéricas a los «impuestos reales”*. Vid. CAÑAMARES ARRIBAS, S.: *“La (Des)Igualdad religiosa en la tributación local: Las exenciones de las confesiones religiosas en el impuesto de construcciones, instalaciones u obras y en el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica”*, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 30, 2012-2013, págs. 304-305.

³⁹ Si bien tampoco admite duda la ilegalidad de tales resoluciones, en el sentido de que no interpretan una norma, sino que elaboran una *“legislación ad hoc”*. En este sentido, propone CAÑAMARES ARRIBAS que *“lo adecuado hubiera sido plantear una cuestión de inconstitucionalidad y someter la asimétrica aplicación del I.C.I.O. a las confesiones al criterio del Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 35 de su Ley Orgánica reguladora”*. Vid. CAÑAMARES ARRIBAS, S.: *“La (Des)Igualdad religiosa en la tributación local: Las exenciones de las confesiones religiosas en el impuesto de construcciones, instalaciones u obras y en el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica”*, ob. cit. pág. 305.

favorecidas por esta exención deberán presentar declaración de alta en la matrícula de este impuesto y declaración de baja en caso de cese en la actividad.

- Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU)

El IIVTNU, regulado en los artículos 104 y siguientes del TRLHL, se define como “un tributo directo que grava el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos”. El régimen jurídico de este impuesto también ha dado lugar a numerosos interrogantes en relación a su posible aplicación al Iglesia Católica y a sus entidades, particularmente porque el artículo 105.2.c) del TRLHL otorga una exención a las instituciones que tengan la calificación de benéficas o benéfico-docentes. En consecuencia, el TS, entre otras, en Sentencia de 16 de junio de 2000, fijó una doctrina en la que establecía los requisitos necesarios para que la exención fuera aplicable, atendiendo no solo al uso del inmueble en el momento de la transmisión, sino también a su uso futuro, lo que, a juicio de algunos autores, representaba un evidente abuso⁴⁰.

Sin embargo, en la actualidad la doctrina de esa Sentencia se entiende superada por lo dispuesto en el artículo 15.3 de la Ley del Mecenazgo, que indica que “*estarán exentos del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana los incrementos correspondientes cuando la obligación legal de satisfacer dicho impuesto recaiga sobre una entidad sin fines lucrativos. En el supuesto de transmisiones de terrenos o de constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio sobre los mismos, efectuadas a título oneroso por una entidad sin fines lucrativos, la exención en el referido impuesto estará condicionada a que tales terrenos cumplan los requisitos establecidos para aplicar la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles*”. Por lo tanto, siempre que la entidad donataria sea una asociación o entidad religiosa de las comprendidas en el artículo V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos suscrito entre el Estado español y la Santa Sede, cumpla los requisitos exigidos por la Ley del Mecenazgo a las entidades sin fines lucrativos para la aplicación del régimen fiscal regulado en la misma y opte por el mismo, le resultará de aplicación la exención en el IIVTNU regulada en el artículo 15.3, condicionada, asimismo, a que presente la comunicación a que se refiere el apartado 4 del mismo artículo 15, exención que también resulta aplicable a las restantes confesiones religiosas con las que el Estado español mantenga acuerdos de cooperación.

2.4. Exenciones aplicables en otros tributos

De las tres categorías tributarias que recoge la LGT (impuestos, tasas y contribuciones especiales), nos hemos referido hasta el momento a las exenciones aplicables a la Iglesia Católica en los impuestos. De las tasas nos ocuparemos en el apartado siguiente, por lo que el tributo que resta son las **contribuciones especiales**.

⁴⁰ VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, A.: “Régimen fiscal de los bienes inmuebles de la Iglesia y, en particular, de los lugares de culto”, ob. cit. págs. 657 y ss.

Esta figura no resulta de empleo habitual en la financiación de las Administraciones Públicas, poseyendo un carácter excepcional. Su uso se limita prácticamente al ámbito local, por lo que aparecen reguladas en el artículo 28 y siguientes del TRLHL. A pesar de su condición minoritaria, el Acuerdo sobre asuntos económicos de 1979 se refiere expresamente a las mismas en su artículo IV.1.D), estableciendo una exención para las contribuciones especiales que recaigan sobre bienes inmuebles propiedad de la Iglesia Católica exentos del IBI.

No obstante, esta exención tampoco se aplica en exclusiva a la Iglesia Católica pues, en todos los acuerdos de cooperación con confesiones religiosas suscritos por el Estado Español, se recoge una exención en las contribuciones especiales que, en su caso, correspondan, por los bienes inmuebles de su propiedad⁴¹.

2.5. Figuras tributarias en las que no se aplica exención

Como se ha podido observar a lo largo de la exposición, el común de los tributos aplicables en nuestro país prevén beneficios fiscales aplicables a la Iglesia Católica y a otras confesiones religiosas. A pesar de ser pocos los tributos que quedan al margen de este régimen fiscal beneficioso, podemos citar los siguientes:

- El Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica (IVTM)

La aplicación de la exención en este Impuesto ha resultado, también, una cuestión problemática. Esta dificultad se deriva de que el antecesor de este tributo, el Impuesto de Circulación, regulado en el Real Decreto 781/1986, de 18 de abril⁴², establecía en su artículo 367 una serie de exenciones, a favor de distintas instituciones, entre las que se encontraba la Iglesia Católica y sus entidades. Tras la entrada en vigor del TRLHL, en 1992, el Impuesto de Circulación se sustituyó por el actual IVTM, regulado en los artículos 92 y siguientes de este texto legal. En el apartado 1 del referido artículo 92 se define este impuesto como *“un tributo directo que grava la titularidad de los vehículos de esta naturaleza, aptos para circular por las vías públicas, cualesquiera que sean su clase y categoría”*, resultando aceptado que se trata de un tributo de naturaleza real⁴³. El TRLHL establecía en su Disposición transitoria quinta el régimen transitorio en la aplicación de este impuesto, señalando que aquellos que a la fecha de comienzo de aplicación del IVTM gozaran de cualquier clase de beneficio fiscal en el Impuesto Municipal sobre Circulación de Vehículos, continuarán disfrutando de ellos en el impuesto citado en primer lugar hasta la fecha de su extinción y, si no tuvieran término de disfrute, hasta el 31 de diciembre de 1992, inclusive. Considerando la naturaleza del impuesto, lo previsto en el Acuerdo sobre asuntos económicos de 1979 y lo fijado en la referida Disposición Transitoria, algunos autores consideran que la

⁴¹ ROSELL GRANADOS, J.: “La tributación de las confesiones religiosas en el ámbito autonómico y local”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 14, 1998, págs. 318-320.

⁴² BOE núm. 96, de 22 de abril de 1996.

⁴³ CAÑAMARES ARRIBAS, S.: “La (Des)Igualdad religiosa en la tributación local: Las exenciones de las confesiones religiosas en el impuesto de construcciones, instalaciones u obras y en el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica”, ob. cit. págs. 305-307.

aplicación de ese beneficio fiscal finalizó el 31 de diciembre de 1992⁴⁴. Sin embargo, otra parte de la doctrina considera que este beneficio continúa siendo aplicable en virtud de la exención total para los impuestos locales⁴⁵. Ante este panorama de evidente inseguridad jurídica, dependerá del criterio de la Administración o del órgano juzgador el reconocimiento de la exención.

Respecto a lo que no se plantean dudas es en relación a la aplicación de este beneficio a otras confesiones religiosas, siendo unánime la negativa hacia esta posibilidad en base a la ausencia de ninguna previsión justificativa en los respectivos acuerdos de cooperación suscritos⁴⁶.

- Las tasas

La Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos⁴⁷ no recoge ninguna exención para la Iglesia Católica u otras confesiones religiosas, lo que no obsta para que algunas de las Administraciones que establecen tasas, como los Ayuntamientos, prevean en sus ordenanzas fiscales ciertas exenciones para la Iglesia Católica u otras confesiones religiosas⁴⁸, si bien, como hemos indicado, con carácter general no se prevén.

III. CONCLUSIONES

Para finalizar, creemos que es necesario poner en contexto la financiación de que disfruta la Iglesia Católica con la obtenida por otras confesiones religiosas. Como hemos venido señalando a lo largo de los apartados previos, la mayoría de los beneficios fiscales previstos lo son con carácter general, tanto para la Iglesia Católica, como para otras confesiones religiosas con las que el Estado español mantenga acuerdos de cooperación.

⁴⁴ CEBRIÁ GARCÍA, M. D.: “Los nuevos beneficios fiscales de las confesiones religiosas en los impuestos locales”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 6, 2004, págs. 35-38.

⁴⁵ MARTÍN SÁNCHEZ, I.: “La financiación de las confesiones religiosas en el Derecho español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. VI, 1990, pág. 152

⁴⁶ CAÑAMARES ARRIBAS, S.: “La (Des)Igualdad religiosa en la tributación local: Las exenciones de las confesiones religiosas en el impuesto de construcciones, instalaciones u obras y en el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica”, ob. cit. págs. 305-307. Este autor, no obstante, se muestra crítico con esta situación, indicando que “*cabe, por tanto, plantearse si concurre algún interés preponderante que justifique el reconocimiento de exenciones tributarias en el ámbito local únicamente a favor de la Iglesia católica. Para proporcionar una respuesta jurídicamente adecuada, quizá resulte conveniente recordar –como se ha señalado por distintos autores– que el fundamento constitucional de las ventajas fiscales aplicables a las entidades religiosas se justifica por el compromiso del Estado. de promover el derecho de libertad religiosa a través de la cooperación con las entidades en que éstos se agrupan. En este sentido condicionar las ayudas económicas indirectas a la firma de acuerdos de cooperación con las confesiones religiosas puede acarrear un tratamiento desigual en las posibilidades de ejercicio de la libertad religiosa de los miembros de unas y otras confesiones que difícilmente puede encontrar justificación en causa legítima alguna*”.

⁴⁷ BOE núm. 90, de 15 de abril de 1989.

⁴⁸ Lo que no deja de ser una cuestión problemática, particularmente cuando esas tasas se vinculan a la tenencia de inmuebles. En este sentido, ROSELL GRANADOS, J.: “La tributación de las confesiones religiosas en el ámbito autonómico y local”, ob. cit., págs. 314-318.

Por ello, y a fin de facilitar al lector una visión global, hemos condensado en el siguiente cuadro un panorama general de lo expuesto hasta el momento, a tenor de lo recogido en la Ley del Mecenazgo, en el Acuerdo sobre asuntos económicos suscrito con la Santa Sede y en los acuerdos de cooperación suscritos con otras confesiones religiosas:

Fuente de financiación	Iglesia Católica	Otras confesiones	Otras entidades sin fines lucrativos
Asignación tributaria	X		SÍ (limitada-asignación a fines de interés social)
Impuesto sobre Sociedades	X	X	X
Impuesto sobre el Valor Añadido	X (solo la prestación de servicios religiosos)	X (solo la prestación de servicios religiosos)	
Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados	X	X	X
Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones	X	X	X
Impuesto sobre el Patrimonio	X	X	X
Impuesto sobre Bienes Inmuebles	X	X	X
Impuesto sobre Actividades Económicas	X	X	X
Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana	X	X	X
Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica	X (dudosa)		
Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras	X (sometida a condiciones – dudosa)		
Tasas			
Contribuciones especiales	X	X	

Fuente: *Elaboración propia.*

A tenor de lo expuesto, encontramos que la principal diferencia en cuanto a las fuentes de financiación que percibe la Iglesia Católica, otras confesiones religiosas y otras entidades que realizan labores de interés social se encuentra en la asignación tributaria en el IRPF. El

trato dispar se aprecia especialmente respecto a otras confesiones religiosas, para las que no se prevé una casilla propia como ocurre con la Iglesia Católica, sin perjuicio de que puedan recibir financiación de la Fundación “Pluralismo y Convivencia”, pero que, recordemos, no se destinará al sufragio de la actividad religiosa.

Ante ello cabe plantearse dos preguntas. La primera ¿resulta justificado este trato favorable a la Iglesia Católica respecto a otras confesiones religiosas o supone una vulneración del principio de igualdad? En este punto consideramos oportuno recordar lo dispuesto por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en relación a este principio entre otras, en Sentencia 181/2000, de 29 de junio. El Alto Tribunal ha definido el principio de igualdad como la prohibición de toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable, por lo que la clave de bóveda se encuentra en discernir si existe esa justificación objetiva y razonable que acredite la procedencia de ese trato dispar. No solo eso, sino que el TC, en la jurisprudencia citada, indica que es necesario que esa diferenciación supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida⁴⁹. El problema en este punto es sesgar toda subjetividad para alcanzar tal justificación objetiva pues, precisamente, como señalábamos al inicio de este estudio, todo aquello que rodea la religiosidad o las creencias, genera sensibilidades de muy diversa índole que afectan al ámbito más íntimo de la persona.

En este sentido y, particularmente relacionada con el asunto que exponemos, la financiación estatal de las confesiones religiosas se ha examinado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en el asunto Alujer Fernández y Caballero García contra España. Se trataba de un supuesto en el que Iglesia Bautista Evangélica de Valencia alegó que el sistema de asignación tributaria a la Iglesia Católica en el IRPF resultaba discriminatorio, al no preverse una opción similar para las restantes confesiones religiosas destinado al sostenimiento de las mismas. Esta petición fue desestimada en primera instancia, alcanzando el amparo constitucional⁵⁰. El TC denegó el amparo en Auto de 13 de mayo de 1999 por los motivos siguientes: *“en el presente caso, no se ha producido ninguna vulneración de los derechos constitucionales a la igualdad ante la Ley sin discriminación alguna fundada en la religión (artículo 14 de la Constitución española), a no ser obligado a declarar sobre su religión o creencia (artículo 16.2 de la Constitución) y a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) (...). De otro lado, no se aprecia ninguna discriminación fundada en la religión que vulnere el derecho a la igualdad ante la Ley (artículo 14 de la Constitución), ya que la previsión de dicha vía específica de sostenimiento económico de la Iglesia católica en la disposición adicional 5.4 de la Ley 33/1987 no carece de fundamento racional y objetivo (...). El principio del carácter no confesional del Estado se completa con el artículo 16.3 de la Constitución que contiene un mandato dirigido a los*

⁴⁹ MARTÍNEZ GALINDO, G.: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LVIII, 2005, págs. 257-258.

⁵⁰ Contra la Sentencia de primera instancia, los demandantes interpusieron recurso de apelación ante el TS, que lo desestimó por Sentencia de 26 marzo 1992. Los demandantes recurrieron en amparo esta Sentencia ante el TC. Por Sentencia de 20 junio 1994, el Alto Tribunal ordenó al TS retrotraer lo actuado y resolver la cuestión de fondo planteada. Por Sentencia de 20 octubre 1997, el TS, resolviendo en apelación inadmitió el recurso en cuanto al fondo confirmando la Sentencia apelada. Invocando los artículos 14, 16 y 24 de la Constitución, los demandantes presentaron un recurso de amparo ante el TC.

poderes públicos para que, teniendo en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, se mantengan «las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones». Es en el marco institucional en el que se incluyen los distintos acuerdos de cooperación. Y entre ellos (...) el de las cuestiones económicas suscrito con la Santa Sede, por medio del cual el Estado se compromete a colaborar al sostenimiento económico de la Iglesia católica. De esta forma, en ausencia de un compromiso semejante con otras confesiones, el término de comparación propuesto no es adecuado desde el momento en que la distinción de trato articulada por el legislador no es arbitraria ni carece de justificación. De otro lado, el artículo 16.3 de la Constitución no otorga un derecho fundamental directamente exigible a los poderes públicos que les obligue a establecer las vías indicadas para realizar el pretendido derecho de poder asignar un porcentaje de su impuesto al sostenimiento de su propia Iglesia, y la vía constitucional de amparo no es la vía indicada para cuestionar la constitucionalidad de las (pretendidas insuficiencias) de la Ley”.

El asunto fue llevando ante el TEDH, que lo resolvió en la antedicha Decisión de 14 de junio de 2001, asunto Alujer Fernández y Caballero García contra España⁵¹, en la que, acudiendo a su doctrina del “*margen de apreciación nacional*” se señala que “*la conclusión de acuerdos entre un Estado y una Iglesia concreta previendo un estatus fiscal específico a su favor no se opondrá, en principio, a las exigencias que se derivan de los artículos 9 y 14 del Convenio desde el momento en que la diferencia de trato se apoya en una justificación objetiva y razonable y que es posible concluir acuerdos similares con otras Iglesias que expresaran su deseo de hacerlo*”. Añadiendo, “*De lo que se quejan es de no poder actuar de igual forma a favor de su Iglesia sin deber concluir antes un acuerdo con el Estado español. El Tribunal considera sin embargo que la obligación impuesta a una Iglesia de concluir un acuerdo con el Estado para poder gozar de la retrocesión de una parte del impuesto sobre la renta recaudado por el Estado no parece una exigencia carente de fundamento ni desproporcionada... dicho margen de apreciación se justifica aún más no existiendo en Europa un estándar común en materia de financiación de las iglesias o cultos; estas cuestiones se encuentran estrechamente vinculadas a la historia y a las tradiciones de cada país. Asimismo, el Tribunal constata que la legislación fiscal española no obliga en absoluto a nadie a pagar una parte de sus impuestos a la Iglesia católica. En efecto, cada contribuyente puede destinar el porcentaje de sus impuestos fijado por la Ley de presupuestos para fines de interés social o general. En resumen, el Tribunal señala que, en opinión del Gobierno, la legislación española en vigor permite a cada persona efectuar, a título personal, donativos a la Iglesia de su elección en condiciones fiscales ventajosas*”. En base a estos argumentos, el TEDH desestima la queja planteada por los demandantes, por considerar que la actividad desarrollada por la Iglesia Católica justifica objetiva y razonablemente la percepción de la referida asignación, no suponiendo una vulneración del principio de igualdad⁵².

⁵¹ MARTÍN SÁNCHEZ, I.: “Las confesiones religiosas y su autonomía según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Encuentros multidisciplinares*, núm. 46, 2014.

⁵² Esta Sentencia fue objeto de algunas críticas, como la emitida por TORRES GUTIÉRREZ, que no comparte el recurso a la doctrina del denominado *margen de apreciación nacional*, “*por entender que supone una verdadera patente de corso a favor de los Estados miembros del Convenio, una puerta abierta de par en par a discrecionales soluciones de geometría variable, y que sirve para encubrir diferencias de trato no justificadas, entre ciudadanos que están ejerciendo un mismo*

Posteriormente, el TS, en Sentencia de 14 de diciembre de 2016, desestimó nuevamente un recurso de casación interpuesto por la Federación de Entidades Evangélicas de España, contra una Sentencia de 25 de mayo de 2015 de la Audiencia Nacional en la que se desestimaba un recurso interpuesto contra la Resolución del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 26 de enero de 2015 en la que se rechazaba la petición de la mencionada Federación de incluir una opción en la declaración de la renta que les permitiera beneficiarse del sistema de asignación tributaria del que disfruta la Iglesia Católica, alegando, entre otros extremos, la lesión del derecho de petición –que, a la postre, será el que determine el sentido de la Sentencia– y la vulneración del principio de igualdad. El TS, en este caso, no entra tanto a valorar la vulneración del principio de igualdad, ni otros en juego, pues considera, de base, que la aludida lesión al derecho de petición no se produce, con lo que desestima el recurso con ese fundamento⁵³.

Consideramos que, en una cuestión como esta, tanto el legislador en su labor creadora de la norma, como la Administración y los órganos jurisdiccionales en su labor interpretativa, deben ser especialmente sensibles a los planteamientos que proponen una reflexión fundada en Derecho y alejada de consideraciones subjetivas. Por ello, en este punto citaremos unas voces mucho más autorizadas que la nuestra, las de CUBERO TRUYO y SANZ GÓMEZ⁵⁴, que señalan a este respecto que *“toda confesión religiosa realiza unas actividades de culto, con incidencia exclusiva en sus fieles, y unas actividades con trascendencia colectiva, como la acción social o la relativa al patrimonio. Las primeras podrían ser objeto de financiación, exclusivamente en la medida en que los creyentes opten por ello, a través de la asignación tributaria, que se abriría a la participación de cualquiera de las creencias religiosas con acuerdo o con notorio arraigo...El resto de actividades, que revierten en la sociedad en su conjunto, podrían ser apoyadas mediante subvenciones de carácter finalista...También podría hacerse a través de las distintas actuaciones administrativas por las que se subvenciona a organizaciones de toda naturaleza, concurriendo las de carácter religioso en igualdad de condiciones”*, apreciaciones que compartimos plenamente.

La segunda pregunta que surge a tenor de lo expuesto es ¿sería necesario una mayor disgregación o especificación en cuanto a las causas de interés social o entidades beneficiarias de la ayuda comprendida en los denominados “fines de interés social”? Consideramos que puede ser una opción a estudiar por el legislador tributario, particularmente en estos momentos de profunda crisis sanitaria, económica y social que vivimos, en la que no pocas voces han manifestado una postura a favor de poder disponer de diversas opciones que les permitan elegir a qué fines de interés social consideran que deberían destinarse su aportación, así como la inclusión de otras variantes, como la posibilidad de

derecho fundamental, y que objetivamente deberían recibir un trato de igualdad ante la Ley”. Vid. TORRES GUTIÉRREZ, A.: “Aspectos legales de la financiación de las confesiones religiosas minoritarias en España y los acuerdos de 1992”, ob. cit.

⁵³ POLO SABAU, J. R.: “La financiación pública de las confesiones y el principio de igualdad. A propósito de la STS de 14 de diciembre de 2016”, *Revista de Administración Pública*, núm. 203, 2017, págs. 211-233.

⁵⁴ CUBERO TRUYO, A., SANZ GÓMEZ, R.: “La declaración de IRPF como cauce de financiación de la Iglesia Católica (Asignación voluntaria del 0.7% de la cuota íntegra)”, ob. cit. págs. 101-102.

prever una partida para la investigación⁵⁵. En una sociedad dinámica y cambiante, donde las necesidades de la población evolucionan y mutan, máxime en un momento como el actual, los poderes públicos deben permanecer atentos y flexibles a esas demandas, lo que supone estudiar el mejor modo de satisfacer tales necesidades, labor en la que el sistema tributario y las opciones que este ofrece deberían jugar un papel primordial.

BIBLIOGRAFÍA

- Cañamares Arribas, S.: “La (Des)Igualdad religiosa en la tributación local: Las exenciones de las confesiones religiosas en el impuesto de construcciones, instalaciones u obras y en el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 30, 2012-2013.
- Cebriá García, M.D.: “Los nuevos beneficios fiscales de las confesiones religiosas en los impuestos locales”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 6, 2004.
- Cubero Truyo, A., Sanz Gómez, R.: “La declaración de IRPF como cauce de financiación de la Iglesia Católica (Asignación voluntaria del 0.7% de la cuota íntegra)”, *Crónica Tributaria*, núm. 136, 2010, pp. 85-102.
- Fornés, J.: “Régimen jurídico-patrimonial y financiación de la Iglesia”, *Ius Canonicum*, núm. 71, 1996.
- Martín Sánchez, I.: “La financiación de las confesiones religiosas en el Derecho español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. VI, 1990.
- Martín Sánchez, I.: “Las confesiones religiosas y su autonomía según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Encuentros multidisciplinares*, núm. 46, 2014.
- Polo Sabau, J.R.: “La financiación pública de las confesiones y el principio de igualdad. A propósito de la STS de 14 de diciembre de 2016”, *Revista de Administración Pública*, núm. 203, 2017.
- Presas Barrosa, C.: “La nueva asignación tributaria en España a la Iglesia católica», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XVI, 2000, pp. 697-707.
- Rodríguez Prieto, R.: “Tributación participativa. El caso IRPF y la investigación científica”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 50, 2017.

⁵⁵ RODRÍGUEZ PRIETO, R.: “Tributación participativa. El caso IRPF y la investigación científica”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 50, 2017. Las conclusiones alcanzadas por este autor nos parecen destacables, pues en ellas se señala que “*la tributación participativa ayudaría de forma muy destacada a reforzar la democracia. En tiempos de dificultades económicas, un modelo de este tipo no ocasionaría ningún gasto, ni añadiría mayor complejidad al IRPF. Contribuiría a situar la investigación y la innovación en la deliberación pública. Permitiría a los ciudadanos hacerse corresponsables de una partida vital para el futuro de cualquier sociedad... El modelo de democracia representativa se vería beneficiado por este tipo de participación, que no solo no lo erosiona, sino que le sirve para ampliar las posibilidades de introducir una fuerte deliberación cívica en todo el proceso democrático.... La introducción de esta casilla tendría como fin no solo la mejora del presupuesto español en investigación científica, sino la mejora de la percepción social de la ciencia y el desarrollo de una cultura científica en el país. Para ello, tanto el estado, como la sociedad civil deben actuar en la difusión de valores e ideas que consagren la investigación como el motor del futuro de España. No se puede hablar de cambio el modelo productivo, sin antes haber cambiado la forma en que se percibe la inversión en ciencia y tecnología y la importancia de la misma*”.

- Rosell Granados, J.: “La tributación de las confesiones religiosas en el ámbito autonómico y local”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 14, 1998.
- Suárez Pertierra. G.: “La personalidad jurídica de la Iglesia en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos”, *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 36, núm. 104-105, 1980.
- Torres Gutiérrez, A.: “Aspectos legales de la financiación de las confesiones religiosas minoritarias en España y los acuerdos de 1992”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 44, 2017.
- Torres Gutiérrez, A.: “Las exenciones fiscales de la Iglesia Católica en el Impuesto sobre Construcciones Instalaciones y Obras en España y su incompatibilidad con la normativa europea sobre ayudas de Estado”, *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, núm. 3, 2017.
- Torres Gutiérrez, A.: “¿Límites? en la financiación de las confesiones religiosas en España: una asimetría de difícil encaje en los principios de laicidad y no discriminación”, *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 35, 2019.
- Vázquez del Rey Villanueva, A.: “Régimen fiscal de los bienes inmuebles de la Iglesia y, en particular, de los lugares de culto”, *Ius Canonicum*, vol. 52, 2012.

Libertad de expresión de las convicciones personales y el derecho al honor

Selene de la Fuente García

Profesora Asociada de Derecho Eclesiástico. Universidad de León.

Recibido
31 enero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Convicciones personales; Libertad de expresión; Derecho al honor; Límites a los derechos fundamentales.

KEYWORDS

Personal convictions; Freedom of expression; Right to honor; Limits on fundamental rights.

Resumen

Nuestro estado democrático de derecho, junto a la actual Constitución, confiere a los ciudadanos una serie de derechos fundamentales, como son la libertad de conciencia, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información, los cuales gozan de una máxima protección. El pleno ejercicio de dichos derechos permite al sujeto el libre desarrollo de su personalidad, uno de los principios constitucionales más relevantes. Estos derechos fundamentales cuentan, además, con la fortaleza que les confiere la figura de la garantía institucional ya que son idóneos para la creación de la opinión pública libre. El desarrollo de ellos deberá darse acorde al orden público protegido por la ley, y en concreto, con el respeto a otros derechos fundamentales, en especial el derecho al honor. En la práctica, la colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor suele ser bastante habitual. La jurisprudencia constitucional establece una serie de reglas para resolver este conflicto, que será objeto de estudio de esta investigación.

Freedom of expression of personal convictions and the right to honor

Abstract

Our democratic rule of law, together with the current Constitution, confers on citizens a number of fundamental rights, such as freedom of conscience, the right to freedom of expression and the right to freedom of information, which enjoy maximum protection. The full exercise of these rights allows the subject to freely develop his personality, one of the most relevant constitutional objects. These fundamental rights also have the strength afforded to them by the institutional guarantee figure as they are suitable for the creation of free public opinion. The development of them should be in accordance with the public order protected by law, and in particular with respect for other fundamental rights, in particular the right to honour. In practice, the collision between freedom of expression and the right to honour is often quite common. Constitutional jurisprudence lays down a number of rules for resolving this conflict, which will be the subject of study of this investigation.

1. La libertad de conciencia: fuente de las convicciones personales: 1.1. Contexto normativo del derecho de libertad de conciencia; 1.2. Contenido y proyecciones del derecho de libertad de conciencia; 1.3. Las convicciones personales, mucho más que ideas; 1.4. Restricciones a la libertad de conciencia – 2. Las libertades de expresión e información como mecanismo de difusión de las convicciones personales: 2.1. Marco constitucional de las libertades de expresión e información: análisis del art. 20 CE: 2.1.1. La libertad de expresión: 20.1.a CE; 2.1.2. La libertad de información: 20.1.d CE; 2.1.3. Limitación preventiva de las libertades fundamentales: la censura previa; 2.2. Configuración constitucional de las libertades de expresión e información: 2.2.1. Las libertades de expresión e información: garantías institucionales; 2.2.2. Veracidad de la información; 2.2.3. Tolerancia horizontal; 2.2.4. Pluralismo de los medios de comunicación – 3. Conflicto entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor: 3.1. El honor como límite del derecho a la libertad de expresión e información: 3.1.1. El honor, valores sociales y normativa; 3.1.2. Titularidad dual del derecho al honor; 3.2. Criterios jurisprudenciales de resolución del conflicto entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor: 3.2.1. El animus informandi frente el animus iniuriandi; 3.2.2. Garantía institucional como elemento decisorio – Bibliografía

1. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA: FUENTE DE LAS CONVICCIONES PERSONALES

Para analizar qué son las convicciones personales, así como su relación directa con el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, es necesario dedicar un espacio a explicar el derecho a la libertad de conciencia.

1.1. Contexto normativo del derecho de libertad de conciencia

La Constitución Española (CE) de 1978, es el texto constitucional actual en España y, por tanto, la norma jerárquicamente superior de nuestro ordenamiento jurídico. Nuestra Constitución recoge, regula y respalda una serie de derechos y libertades fundamentales dentro de la Sección Primera, “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”; del Capítulo II “Derechos y libertades”; del Título I “De los derechos y deberes fundamentales”. Dichos preceptos gozan de una excepcional relevancia para los ciudadanos, tal y como se analizará a lo largo de este artículo. El establecimiento de los derechos fundamentales se ha realizado con la creación previa de un marco jurídico formado por principios y valores, los cuales asientan la base para el amplio amparo de los mismos.

En el art. 1.1 CE se establece que *“España se constituye en un Estado social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*. Se observa un valor que rige e inspira nuestro ordenamiento jurídico, asegurando la diversidad y la libertad ideológica y de trato¹.

La dignidad de la persona es la base de nuestro ordenamiento jurídico, el art. 10.1 de la CE reconoce el principio personalista: *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*. Este principio liga la

¹ SANJUÁN FREIXES, T., REMOTTI CARBONELL, J.C., “Los valores y principios en la interpretación constitucional”. *Revista española de derecho constitucional*. 1992, nº 35, 97-109, 99.

dignidad de la persona con los derechos que le son inherentes a ella y al libre desarrollo de la personalidad. Se trata de un principio básico, el cual cuenta con dos funciones: una función informadora y otra integradora. La primera de ellas pretende que las normas respondan a los principios; con ello se consigue que la normativa no contradiga los principios, además de que a la hora de interpretar la norma se lleve a cabo de la manera más respetuosa con dichos principios. La segunda de las funciones sirve de ayuda para superar las contradicciones y lagunas que pudieran existir en el ordenamiento jurídico, y en concreto, a la hora de resolver un conflicto jurídico.

Este principio constitucional cuenta con una doble vertiente en su desarrollo. Por un lado, se encuentra la vertiente negativa, referida a la no intervención ni coacción por parte de terceros. Por otro lado, la vertiente positiva la cual es responsable de que en determinadas ocasiones se requiera la actividad de los poderes públicos para que se encarguen de retirar los obstáculos que imposibiliten el ejercicio pleno del derecho².

También posee una implicación a favor de la libertad (favor libertatis)³, así el ordenamiento jurídico debe garantizar el libre desarrollo de la libertad, intentando que las normas imperativas sean las mínimas posibles. Del art. 10.1 de la CE se extrae la idea de que los derechos de los grupos tienen un carácter instrumental para el orden público y la paz social. Por ello, con carácter general, los derechos de carácter individual priman sobre los colectivos en caso de conflicto.

Es de relevancia mencionar que en el segundo apartado del art. 10 se marca la obligación de interpretar los derechos fundamentales según la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Este mandato conlleva una sincronización y respeto entre todas las normas que forman nuestro ordenamiento jurídico, con el fin de otorgar mayor seguridad jurídica a los derechos y libertades fundamentales.

El objeto de este estudio enmarca como eje central tres derechos fundamentales, entre los cuales se crean y derivan diferentes relaciones de simbiosis, así como de conflicto. Dichos derechos fundamentales son: el derecho de libertad de conciencia, el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor.

Es el art. 16 CE, apartado primero y segundo, el que se encarga de regular el derecho de libertad de conciencia cuando estipula el siguiente tenor literal: “*se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de lo individuo y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley*”. “*Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencia*”. Hay que añadir que este precepto no regula dos derechos ni dos libertades diferentes, sino un

² TARODO SORIA, S. Conciencia y libertad. “El derecho de libertad de conciencia como fundamento constitucional de los derechos a la información sanitaria y a decidir sobre la propia salud”. En: Asociación de bioética fundamental y clínica. *La bioética y el arte de elegir*. 2º edición. Madrid: BLANCO MERCADÉ, A., NÚÑEZ CUBERO, M.P., 2014, 60-100. 62.

³ BASILE, S., “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, en (1980) *La Constitución española de 1978*, GARCÍA DE ENTERRÍA y PREDIERI, (dir.), 2ª ed., Madrid, 1981, 263-318, 274.

mismo derecho y una libertad. Así, la creencia y la convicción pueden tener carácter religioso o no⁴. Aunque expresamente la CE en su art. 16 no mencione a la libertad de conciencia, sí que lo hace con las libertades ideológica, religiosa y de culto⁵.

Tal y como establece el art. 10.2 de nuestro texto constitucional, es necesario tener en cuenta los textos normativos internacionales relativos a esta materia y que han sido ratificados por el España. Ello conlleva que no solo debe tener a la CE como principal fuente reguladora, de los derechos fundamentales. En referencia al derecho de libertad de conciencia, la DUDH también se ha pronunciado en el plano normativo de dicho derecho, exactamente en su art. 18 el fijar que: *“toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”*⁶. Dicho precepto consagra el derecho que tiene cualquier persona de poder expresar sus pensamientos con total libertad y sin ningún tipo de restricción. Además, protege la tenencia de la religión e ideales que más se adapten al desarrollo personal y permite modificarlas cuando lo considere oportuno. También se ampara la posibilidad de manifestarlas en público o en privado, así como la opción de no hacerlo.

1.2. Contenido y proyecciones del derecho de libertad de conciencia

El derecho de libertad de conciencia posee un triple contenido⁷. Cada una de estas proyecciones extiende su protección tanto en sentido positivo como negativo, es decir, tanto la posibilidad que tiene el sujeto de hacerlas posible y ejercitarlas, como el derecho que tiene a no hacerlo, y no por ello sufrir alguna injerencia por parte de terceros.

En primer lugar, una de las dimensiones garantizadas por el reconocimiento jurídico de este derecho está relacionada con la formación de la conciencia y permite al ciudadano la posibilidad de configuración de la misma, lo que le lleva a la elección de unas ideas, creencias y convicciones determinadas o también al derecho a no hacerlo. En segundo lugar, el derecho protege la libre expresión de la conciencia, exactamente el derecho a manifestar esas ideas, creencias y convicciones, así como, nuevamente, a no hacerlo. En último lugar, se encuentra el comportamiento de acuerdo con la conciencia, que se refleja en el derecho a comportarse

⁴ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, VOL. I, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2007, 25.

⁵ STC 20/1990, de 15 de febrero: “[...] la libertad ideológica está reconocida en el 16.1 de la Constitución por ser fundamento, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama en el art.10.1, de otras libertades y derechos fundamentales, entre ellos los consagrados en el art. 20.1. a) y d) de la norma fundamental”.

⁶ Se puede consultar el texto del artículo de la DUDH en la página web de las Naciones Unidas, disponible en el siguiente enlace web: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights>.

⁷ Los tres puntos que componen el derecho de libertad de conciencia han sido tomados de LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, VOL. I, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2007, 27; en el mismo sentido: TARODO SORIA, S., *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Servicio editorial Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2005. 74-75.

de forma coherente a las propias convicciones personales y a no verse obligado a actuar en contra de ellas.

El derecho de libertad de conciencia puede definirse, por tanto, como el derecho a “disponer de un espacio de privacidad totalmente sustraído a la invasión de la imperatividad del Derecho, a la libre formación de la conciencia, a mantener unas u otras creencias, ideas y opiniones, a expresarlas o a silenciarlas, a comportarse de acuerdo a ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas cuando se trate de auténticas convicciones”⁸.

El ejercicio pleno y pacífico de este derecho es un buen baremo para medir el carácter democrático de una sociedad, que debe caracterizarse por el amparo y salvaguarda de los derechos fundamentales del ser humano.

1.3. Las convicciones personales, mucho más que ideas

El objeto de protección del derecho de libertad de conciencia son las convicciones personales⁹, que no son cualquier tipo de ideas y creencias, sino solo aquellas que están muy arraigadas en el individuo. Por eso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, exige cierto grado de seriedad, importancia, coherencia para entender que nos encontramos ante una auténtica convicción¹⁰. La especial relevancia de este derecho, que se manifiesta en su mayor protección jurídica, no es otra más que la estrecha relación que las convicciones personales tienen con la identidad personal, integridad moral, la dignidad y el desarrollo personal. Como consecuencia de la coherencia entre ellas se llega a una autoestima que es necesaria para el correcto desarrollo de la persona. Ya el mismo Aristóteles decía: “*los sentimientos amorosos proceden de unos mismo y ya se extienden a los otros*” y que el amor a sí no es otra cosa que el sentimiento de estar de acuerdo consigo mismo¹¹. Por ello, la autoestima lleva a estar satisfecho con uno mismo, aspecto indispensable en el libre desarrollo de la personalidad, que tal y como se ha visto se encuentra entre uno de los fines constitucionales más relevantes¹². El Tribunal Constitucional (TC) también se ha pronunciado y define la dignidad de la persona como la “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”¹³.

⁸ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, DIONISIO, *Derecho de la libertad de conciencia*, 4ª ed. vol. I, Civitas, Madrid, 2011, 21; en el mismo sentido, véase: FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*. Dykinson, Madrid, 1997, 74.

⁹ OSCAR ALZAGA en sus comentarios a la Constitución, ha puesto de relieve que el art. 16 CE “*ampara las convicciones* “. ALZAGA VILLAAMIL, O., *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, 190.

¹⁰ “*La palabra «convicciones» no es sinónima de «opinión» e «ideas»*”, sino que únicamente “*se aplica a la opinión que alcanza cierto nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia*”. Cita incluida en la Sentencia del TEDH Campbell and Cosans v. Reino Unido, de 25 de febrero de 1982.

¹¹ Cf. ARISTÓTELES, *Eth. Nic.*, en especial 1166s. 1166b 30; 1168ª 25-1169b; y 1168b 5.

¹² TARODO SORIA, S., *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Servicio editorial Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2005, 225-226.

¹³ S.T.C 53/1985, de 11 de abril, F.J. 8.

Con todo lo anterior, las convicciones personales se definen como ideas arraigadas en la personalidad. Son sentidas y vividas como parte integrante de la propia identidad, de forma que si una persona tuviera que comportarse en contra de ellas, se podría entender como una traición a ella misma¹⁴.

Los poseedores del derecho a la libertad de conciencia, y que, por tanto, pueden formar, manifestar y comportarse de acuerdo a sus propias convicciones personales, así como no hacerlo, son, según establece la CE, los individuos y las comunidades. El texto constitucional otorga una doble vertiente de protección. Por un lado, está la vertiente individual, formada por el derecho fundamental en forma subjetiva. No está condicionado por la nacionalidad de la persona, con lo que todos son titulares de él. En el caso de los menores e incapaces, éstos son titulares de derechos personalísimos. El ejercicio en algunos casos estará limitado, con lo que necesitarán la figura del representante, quién deberá actuará en su interés. Cuando un menor tenga suficiente madurez, lo ejercitará por el mismo. Por otro lado, nos encontramos con la vertiente colectiva, compuesta por el derecho de los grupos. El hecho de que el título de sujeto sea tanto de carácter individual, como colectivo, cuenta con un respaldo constitucional, en el art. 9.2 CE cuando establece que *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; removerlos obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

Además, para que la formación de las convicciones personales se pueda dar de modo satisfactorio, es necesario *“un espacio social en el que la persona tenga a su alcance una pluralidad de ideologías, creencias, culturas y modos de vida lo suficientemente amplia, es condición necesaria para que el ciudadano pueda formar sus convicciones y desarrollar libremente su propia personalidad”*¹⁵.

1.4. Restricciones a la libertad de conciencia

Del artículo 16.1 CE puede deducirse la imposibilidad de imponer límites a la vertiente interna de la libertad de creencias, toda vez que esta libertad sólo puede ser limitada “en sus manifestaciones” (vertiente externa). Ello responde a una imposibilidad material evidente, dada la absoluta intimidad en que la vertiente interna se mantiene.

La referencia incluida en el artículo 16.1 CE al orden público como único límite posible a las manifestaciones de la libertad religiosa no supone ninguna excepción a la teoría general de los límites de los derechos fundamentales, en virtud de la cual un derecho fundamental sólo puede ser limitado cuando entre en conflicto con otro bien o derecho constitucionalmente protegido. En un estado democrático de derecho, la garantía de los derechos fundamentales

¹⁴ Cf. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *Derecho de la libertad de conciencia*, VOL. I, 2ª Edición, Civitas, Madrid, 2002, 17- 18.

¹⁵ TARODO SORIA, S., “Derecho e Interculturalidad”, en *Los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. En la Conmemoración del 70 Aniversario de la Declaración, José Antonio Pinto Fontanillo y Ángel Sánchez de la Torre (eds.), Edisofer, Tomo II, 2020, 7.

y bienes constitucionalmente protegidos integra necesariamente el concepto de “orden público protegido por la ley”¹⁶.

La definición de orden público protegido por la ley viene dada en diferentes fuentes¹⁷, así, la doctrina concluye en que el orden público protegido por la ley está integrado por 4 elementos: derechos y libertades fundamentales de los demás, salud pública, seguridad pública y moral pública¹⁸. A la hora de limitar un derecho fundamental, solamente se podrá hacer mediante ley; además de ser necesario que el fin por el cual se restringe dicho deseo sea legítimo y proporcional¹⁹. La jurisprudencia constitucional considera que hay que tener muy presente la regla de la proporcional de sacrificios y aplicarla en la limitación de derechos fundamentales²⁰.

Se ha puesto de relieve el peligro que conlleva la utilización desmesurada del concepto de orden público para limitar el ejercicio de derechos fundamentales, Sánchez Ferriz²¹, principal defensor de esta postura, la fundamenta en lo siguiente:

- Los derechos fundamentales y libertades públicas se hallan vinculados a la propia libertad de la persona protegiendo la convivencia en democracia, siempre que su ejercicio se encuentre amparado constitucionalmente.

¹⁶ NARANJO DE LA CRUZ, R. *Derechos fundamentales*. En: BALLAGUER CALLEJÓN, F. *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid: 2011, 435-492, 474.

¹⁷ Para más información sobre de concepto de orden público véase: Sentencias del TC: STC 46/2001, de 15 de febrero; LO 7/1989, de 5 de julio, de libertad religiosa BOE núm. 177, de 24/07/1980; En los tratados internacionales: HERNÁNDEZ VILLALOBOS, L. “Los tratados internacionales como base de la diplomacia mundial”. *Revista de derecho*. Universidad del norte, nº 22, 2004, 65-95, 66-72 y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Además, a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico actual podemos hallar numerosas referencias en la aplicación de la cláusula de orden público, aparte de las establecidas directamente en los arts. 16.1. y 21.2. CE: MONTALVO ABIOL, J.C., “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”. *Revista jurídica UAM*, nº 22, 2010, pp. 197-222, 202.; DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, 2ª edición, Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales Madrid, 2002, 37.

¹⁸ El límite a estos derechos y libertades fundamentales se encuentra en el límite que existe en los derechos y libertades fundamentales de terceros. Para ello se aplicará el criterio de ponderación, el de optimización y el de respeto al contenido esencial. La salud pública es un concepto que tiene gran importancia y protección, así el derecho de libertad de conciencia se debe ejercitar con pleno respeto a ella. El límite de la seguridad pública es la seguridad ciudadana. Se pretende la protección de los derechos tales como la vida y los bienes de las personas. Respecto a la moral pública se trata de un concepto jurídico indeterminado, en este contexto se apelaría la moral juridificada, la recogida en el art.1.1 CE: IZU BELLOSO, M.A., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”. *Revista española de derecho administrativo*. 1988, 1-11, 10.

¹⁹ Sobre esta idea se pronuncian de la misma manera, las siguientes sentencias: STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 5; STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.

²⁰ Véase las siguientes sentencias: STC 26/1981, de 17 de julio, FJ 5; STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 2. Además de que «la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos». En este sentido, STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 4.

²¹ Para más información sobre lo que defiende este autor véase: SÁNCHEZ FÉRRIZ, R., “Algunas reflexiones sobre la efectividad de los derechos”, *Revista de Derecho político*. 1992, 36, 211-245, 238.

- El intento de otorgar una delimitación clara a derechos y libertades se ha confundido con las limitaciones constitucionales, sacrificando y vulnerando el sistema de garantías constitucionales.
- El reconocimiento en el ordenamiento constitucional de derechos y libertades públicas no sería suficiente si no estuviera acompañado de otra regulación paralela o garantías formales que velaran por su protección.
- Sumado a lo anterior, es necesario el compromiso de la sociedad y de los poderes políticos de velar por el cumplimiento. Para ello se ha de apoyar y fomentar una “cultura de los derechos fundamentales” o una “pedagogía de la libertad”.

Como se verá a continuación, de este derecho derivan otros derechos fundamentales, lo que implica que los límites del derecho de libertad de conciencia, anteriormente establecidos, pueden verse afectados indirectamente por los límites que afectan a los derechos y libertades fundamentales derivados.

2. LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN COMO MECANISMO DE DIFUSIÓN DE LAS CONVICCIONES PERSONALES

Existe una estrecha relación entre el derecho de libertad de conciencia y el derecho de libertad de expresión e información: éste último es una manifestación directa del primero. Que el ciudadano tenga la posibilidad de formar su conciencia y posteriormente manifestarla y comportarse conforme a ella, no es otra cosa que el ejercicio del derecho de libertad de expresión.

La libertad de expresión es otro derecho fundamental regulado en nuestro texto constitucional. En su desarrollo puede confundirse con el derecho a la libertad de información, debido a que comparten varias características y en determinados escenarios mantienen una actuación análoga, sin embargo, los sujetos son diferentes: el derecho de libertad de información de desarrolla en el ámbito de los medios de comunicación social, con lo que son los periodistas y los profesionales de la información quienes ostentan dicha libertad fundamental.

2.1. Marco constitucional de las libertades de expresión e información: análisis del art. 20 CE

El legislador reconoce en el art. 20.1 CE²² cuatro derechos fundamentales, de entre los cuales se va analizar dos de ellos, ya que son objeto de estudio de este trabajo. A pesar de formar parte de un mismo articulado, gozan de cierta independencia y autonomía.

²² 20.1 CE: “Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”.

2.1.1. La libertad de expresión: 20.1.a CE

Cuando se habla de libertad de expresión se hace referencia al derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, bien por escrito o a través de cualquier otro medio de reproducción. De este precepto son sujetos todos los ciudadanos, a esta manifestación del derecho de libertad de expresión se la conoce como libertad de expresión en sentido estricto y es la base del resto libertades fundamentales²³. De los tratados internacionales²⁴ se extrae la posibilidad de integrar en el contenido del primer apartado del art. 20.1 dos aspectos que no figuran expresamente: por un lado, que la libertad de expresión se refiere, además, a la comunicación de hechos y, por otro lado, que se incluye la facultad de recibir libremente pensamientos, ideas y opiniones²⁵.

2.1.2. La libertad de información: 20.1.d CE

Con la libertad de información se establece una doble garantía: el derecho a comunicar y el derecho a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Los destinatarios del derecho a recibir información son los receptores de comunicación social, es decir, el derecho de cualquier ciudadano a ser destinatario de los mensajes emitidos por los medios de comunicación. La información dota a los ciudadanos del instrumento necesario para participar en las grandes decisiones de índole política, económica, cultural o social²⁶. El derecho a recibir información realmente se puede calificar como un interés colectivo, y tiene su razón de ser en el derecho a emitir información debido a que de esa participación se produce nuevamente la demanda del ciudadano de adquirir más información y poder ejercitar su derecho a la recibir información y estar informado²⁷.

En la otra parte de la cadena del derecho se encuentra el emisor de la información. La libertad de información alude en gran medida y de forma directa a la comunicación propia de los medios de comunicación social, aunque éstos no son los únicos sujetos de dicha libertad, sin que en ellos se genere privilegio alguno, tal y como ha dictaminado el TC. El hecho de que los profesionales de los medios de comunicación sean los principales creadores y distribuidores de información y ejerzan la libertad de información hace que se genere y permanezca una comunicación social y libre, tan necesaria para la sociedad de un estado democrático, tal y como es España²⁸. De esta relación entre emisor y receptor se desprenden

²³ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J. *La Libertad De Expresión Desde La Teoría De Los Derechos Fundamentales*, Revista española de derecho constitucional, 32, 1191, 81.

²⁴ Los tratados que regulan este derecho son la Declaración Universal de Derechos Humanos, DUDH, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

²⁵ LLAMAZARES CALZADILLA, M. C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999, 41.

²⁶ LLAMAZARES CALZADILLA, M. C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999, 42.

²⁷ SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., *La problemática interpretación del párrafo 1º del art.20 de la Constitución Española*. Medios de Comunicación, mensajes y derecho a la información. Ed. Colex. Madrid, 2011, 60.

²⁸ Las ideas expuestas han sido extraídas de la siguiente STC 6/1981, de 16 de Marzo. En ella, en relación con la libertad de información de los medios de comunicación se estableció que: “*quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información los*

obligaciones a los titulares del derecho a emitir o comunicar información. Esas obligaciones se refieren al hecho de poder ejercitar el derecho en una espera de libertad jurídica protegida de las injerencias que se encarguen de obstaculizar la transmisión de mensajes y la otra es la contraída por el conjunto de receptores, quienes le han otorgado socialmente esa competencia.

2.1.3. Limitación preventiva de las libertades fundamentales: la censura previa

Siguiendo con el análisis del resto de párrafos del art. 20 CE, es conveniente continuar con la indicación establecida en el apartado segundo, el cual dispone que el ejercicio de los diferentes derechos regulados en el apartado primero “*no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa*”²⁹. Este apartado hace referencia a la prohibición en la aplicación de la cláusula limitativa de derechos fundamentales de manera preventiva³⁰. La censura de carácter previo, es decir, la que se aplica antes de poder ejercer con plena disposición el derecho fundamental relativo a una de las citadas libertades, queda prohibida en nuestro ordenamiento jurídico actual.

2.2. Configuración constitucional de las libertades de expresión e información

Las libertades de expresión en información cuentan con un amplio amparo constitucional, es por ello, que a la hora de regularlas se han tenido en cuenta una serie de valores superiores que han motivado dicha protección. Algunos de ellos son comunes a los de otros derechos fundamentales, debido a esa relación de complemento que se da entre ellos³¹.

2.2.1. Las libertades de expresión e información: garantías institucionales

Las libertades de expresión e información, aparte de ser derechos fundamentales son también, garantías institucionales³². El TC considera que la figura de la garantía institucional y el

ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos, pero no derivan de ello ningún privilegio (...); “la preservación de la comunicación pública libre exige una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón a ello, a quienes profesionalmente los sirven”.

²⁹ Respecto del apartado segundo del art. 20 CE, es oportuno señalar la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, cuyo artículo tercero preceptúa que “*la Administración no podrá aplicar la censura previa ni exigir la consulta obligatoria, salvo en los estados de excepción y de guerra expresamente previstos en las leyes*”. Hoy solo se encuentra en vigor la parte del artículo referida a la no aplicación de la censura previa. «BOE» núm. 67, de 19/03/1966.

³⁰ No está permitida la aplicación de una cláusula preventiva limitativa de derechos fundamentales, debido a que en caso de que se ejecutará se estaría produciendo una limitación previa al ejercicio del derecho. Los derechos fundamentales solamente pueden ser limitados por ley y cuando vulneren alguno de los elementos que conforman el orden público protegido por la ley; si se limitan antes de ser desarrollado, se estaría ante un ilícito constitucional. Esa previa limitación únicamente tiene cabida si realmente existe un riesgo cierto contra el orden público protegido por la ley, y en este caso, la limitación del derecho será de la forma menos restrictiva posible, atendiendo a los criterios de ponderación, adecuación y respeto.

³¹ Los derechos fundamentales son autónomos, sin embargo, su interpretación debe realizarse en conjunto con el resto de derechos fundamentales.

³² La figura de la garantía institucional existe gracias a que la Constitución contempla con fines de protección diferentes instituciones, organizaciones y figuras jurídicas, las cuales se enmarcan en un contexto de complejos normativos y realidades fácticas. La función de la garantía institucional

derecho fundamental pueden darse de forma conjunta. Esa coexistencia entre ambos conlleva una fortaleza para el derecho fundamental, y no un debilitamiento, tal y como argumenta alguna parte de la doctrina³³. El alcance y protección del derecho fundamental se ve enaltecido por la simultaneidad de la garantía institucional en una misma institución e instituto; ello es así porque el derecho conserva su vertiente subjetiva cualificada pero se complementa con una vertiente objetiva garantizadora, *“esta dimensión de garantía de una institución pública fundamental, la opinión pública libre [...] otorga a las libertades del artículo 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales”*³⁴.

La figura de la garantía institucional también tiene como fin proteger una institución garantizada, que en el caso de sendas libertades, es la opinión pública protegida por la ley. La protección jurídica conferida ampara al titular del derecho fundamental y al conjunto de la sociedad. Por ello, se puede afirmar que los derechos fundamentales de libertad de expresión e información gozan de una doble vertiente: *“una jurídico-subjetiva, que garantiza a sus titulares el ejercicio de un derecho fundamental reconocido por el ordenamiento jurídico; y otra, objetivo-institucional, en cuanto su reconocimiento hace posible también la existencia de una institución que es considerada indispensable para la pervivencia del propio sistema democrático”*³⁵.

En el desarrollo de las libertades públicas interactúan tres elementos más, que son: la existencia de la opinión pública libre, el pluralismo político y la democracia. La relación que existe entre ambos elementos se puede definir como retroalimentación. El hecho de que existan las libertades de expresión e información y se garantice su pleno desarrollo contribuye a la formación de opinión pública libre, que es la institución garantizada de sendos derechos

puede referirse tanto a normas, cuando se refiere a instituciones y se encuentran en la parte orgánica de la Constitución, como a realidades, cuando se refiere a institutos y se dispone en la parte dogmática del texto constitucional. Las garantías institucionales pueden estar vinculadas a derechos fundamentales o no vinculadas a dichos derechos. Y por último, un derecho fundamental puede ser, además, garantía institucional, lo que supone una fortaleza como derecho, ya que los límites en su ejercicio serán menores comparado con un derecho fundamental que no cuenta con el plus de garantía institucional; lo cual no exime a que la garantía institucional fundamente los límites al ejercicio del propio derecho: JÍMÉNEZ-BLANCO, A., “Garantías institucionales y derecho fundamentales en la Constitución”, en Estudios sobre la Constitución. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II, De los derechos y deberes fundamentales, Civitas, Madrid, 1991, 648.

³³ JÍMÉNEZ-BLANCO, A., “Garantías institucionales y derecho fundamentales en la Constitución”, en Estudios sobre la Constitución. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II, De los derechos y deberes fundamentales, Civitas, Madrid, 1991, 648; considera que *“la garantía institucional [...] en el campo de los derechos fundamentales y no deslinda de la visión objetiva de los mismos, concluye en la rebaja de su contenido y eficacia”*. También entiende que no se da en el mismo sentido en el ordenamiento jurídico alemán, ya que allí sí se confiere a los derechos fundamentales dicho complemento y consecuente aumento en la protección: *“la comparación con lo que ocurre en España en los últimos años es perfectamente hacedera: el elemento diferencial más importante es el que se refiere a la coexistencia entre garantía institucional y derecho fundamental que, para este segundo, allí lleva a que se fortalezca y aquí a que se debilite”*.

³⁴ S.T.C. 104/1986, de 17 de julio, F. J. 5.

³⁵ TARODO SORIA, S., Libertad de expresión y sentimientos religiosos, Juruá editorial, Lisboa, 2012, 29.

fundamentales; al darse multitud de opiniones públicas libres, de las cuales son sujetos los diferentes ciudadanos y han sido formadas de manera subjetiva, se consigue el pluralismo político, el cual es un valor superior del ordenamiento jurídico, por lo que es fundamento y condición para garantizarlo; y todo ello se enmarca y hace referencia a nuestro Estado democrático³⁶.

Esta relación en cadena también debe entenderse en el sentido inverso: es necesario que exista la democracia, porque con ella se permite el pluralismo político, principio que permite una variedad de opiniones e información, y con ello que se generen diferentes opiniones públicas libres³⁷; éstas se encuentran a la disposición de los ciudadanos, quienes pueden crear su propia opinión pública libre, que no es otra cosa que la libre formación de la conciencia y su desarrollo³⁸.

Este añadido a su cualificación como derecho fundamental produce dos efectos principales a dichos derechos: por un lado, el establecimiento de un núcleo esencial inalterable donde el legislador solamente estará habilitado para su desarrollo y no para su modificación. El otro efecto es el posicionamiento preferencial en caso de conflicto con otros derechos fundamentales, siempre y cuando se cumplan los requisitos tasados. La importancia de ello viene dado a que sendos derechos son idóneos para formar la opinión pública libre, la cual es la institución garantizada³⁹.

2.2.2. Veracidad de la información

El derecho de libertad de información tiene la función de dotar al sujeto de poder recibir información al completo sobre el tema tratado, así como que ésta sea cierta y auténtica; en otras palabras, tal y como ha establecido el TC, íntegra y veraz⁴⁰. Además, con esa información podrá generar sus propias convicciones personales y participar en los debates de interés y relevancia pública, formando parte de la ciudadanía y de la opinión pública libre⁴¹.

³⁶ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. Derecho de la libertad de conciencia II: Conciencia, identidad personal y solidaridad, con la colaboración de M^a Cruz Llamazares Calzadilla. 4^a ed. Cizur Menor (Navarra): Civitas - Thomson Reuters, 2011, 250.

³⁷ Para más información sobre esta idea, véase: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., Libertad de expresión, discurso extremo y delito: Una aproximación desde la constitución a las fronteras del derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, 274; así como la STC 159/1986, de 12 de diciembre, F.J. 6º: *“el art. 20 de la norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”*.

³⁸ Esta idea es desarrollada en la STC 104/1986, de 17 de julio, FJ 5, con cita de la STC 12/1982, de 31 de marzo: *“garantía de una institución política fundamental que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”*.

³⁹ LLAMAZARES CALZADILLA, M. C., Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático, Civitas, Madrid, 1999, 34.

⁴⁰ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, VOL. II, Civitas, Navarra, 2007, 276.

⁴¹ Esta idea ha sido extraída de la STC 159/1986 de 12 de diciembre.

Este requisito de veracidad solamente es de aplicación para el derecho a la libre información, quedando la libertad de expresión exenta de dicho requisito. Las noticias si tienen el requisito de veracidad, mientras que en las opiniones o convicciones personales no es necesario.

2.2.3. Tolerancia horizontal

La tolerancia se encuentra ligada a los valores de la libertad, la igualdad o la justicia, de forma que son parte esencial del término⁴². Independientemente de cuáles sean las ideas específicas que se tengan acerca de la libertad, la igualdad o la justicia, vincularán inexcusablemente la extensión y los límites que prescriptivamente correspondan a la tolerancia. De esta idea cabe entender la tolerancia como un principio básico de la justicia⁴³.

Para que la función de un derecho fundamental, como garantía institucional, sea eficaz es necesario que también se dé la tolerancia horizontal, así como el respeto hacia esas convicciones, sin perjuicio de la existencia de debate o crítica desde el estadio de la formación y el razonamiento, dejando de lado los fines de adoctrinamiento, dogmatismo y sectarismo. Las razones que justifican la tolerancia pueden ser del mismo tipo que las que fundamentan la objeción a lo tolerado. En caso de disputa entre ideas es necesaria la existencia de una diferencia cualitativa entre las razones en conflicto, favorable a las que respaldan la tolerancia⁴⁴.

2.2.4. Pluralismo de los medios de comunicación

La existencia de pluralismo⁴⁵ en una nación es un factor significativo de la riqueza histórico-cultural de una sociedad, así como del grado de desarrollo de ésta; cuya relación es directamente proporcional. Esa evolución implica una multiplicidad de partes y de relaciones entre ellas, cuya configuración proporciona distintas perspectivas y opciones. No debe entenderse como un conjunto de muchas convicciones, sino que ha de abrirse el concepto, quedado entendido como un sistema en el que confluyen múltiples opiniones procedentes de diferentes ideologías⁴⁶.

En el ámbito de las libertades de expresión e información, existen dos subtipos dentro del principio informador relativo al pluralismo: por un lado, el externo, que se corresponde con la existencia de varios medios de comunicación con diferente orientación ideológica; y por

⁴² BUENO, SÁNCHEZ G., “Sobre la intolerancia”, *El Basilisco*, 4, 1978, 80-93.

⁴³ FORST, R., “Toleration in Conflict. Past and Present, Cambridge: University Press”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 15, nº 2, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2013, 536.

⁴⁴ TARODO SORIA, S., “Interculturalidad, Derecho y Libertad de Conciencia”, en *Libro Homenaje al Prof. Gustavo Suárez Pertierra*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, 28.

⁴⁵ La CE, además de establecerlo como valor superior, también fija las vías para su integración en una unidad. Entre tales vías pueden contarse el reconocimiento de unos valores y principios y el establecimiento de unos derechos y libertades fundamentales de los cuales son sujetos todos los ciudadanos (de forma particular o asociativa) con independencia de los grupos sociales o de las entidades territoriales a las que pertenezca; la fijación de unas normas o procedimientos mediante los cuales el pluralismo se oriente hacia procesos unificadores; y por último, la creación de órganos que lleven a cabo el control e implantación de dicho valor.

⁴⁶ LLAMAZARES CALZADILLA, M. C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999, 49.

otro lado, el pluralismo interno que es referido al de los profesionales con diferentes orientaciones dentro del propio medio de comunicación⁴⁷.

3. CONFLICTO ENTRE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN Y EL DERECHO AL HONOR

En ocasiones, el resultado del ejercicio del derecho fundamental de las libertades de expresión e información puede vulnerar otros derechos fundamentales, como es el caso del derecho al honor. En el presente apartado se estudiará el derecho al honor como límite directo de las libertades fundamentales, así como la postura que adoptan los tribunales a la hora de establecer si realmente ha habido vulneración de derechos y cómo aplicar una limitación de los mismos.

3.1. El honor como límite del derecho a la libertad de expresión e información

Como se ha indicado con anterioridad, las libertades de expresión e información son manifestaciones del derecho de libertad de conciencia, por ello, en primera instancia, les son de aplicación los mismos límites que al citado derecho; el orden público protegido por la ley. En consonancia a dicha obligación, se encuentra el respeto a los derechos y libertades fundamentales de terceros como elemento que conforma el citado orden, así la obligatoriedad específica marcada en el propio art.20.4 CE respecto a los límites referidos al respeto a determinados derechos fundamentales, proviene de dicha pauta restrictiva previa.

La CE, en el propio art. 20 estipula una serie de límites, los cuales actúan como restricciones al pleno ejercicio de las libertades de expresión e información⁴⁸. Uno de los límites que marca el cuarto párrafo del art. 20 CE es el respeto a un conjunto de derechos fundamentales⁴⁹, en concreto a todos los que el art. 18.1 CE regula, los cuales son: el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen. Nos encontramos ante derechos de la personalidad, que aunque están íntimamente unidos, son derechos autónomos⁵⁰.

⁴⁷ Ninguno de ellos puede desaparecer por el bien de la democracia, de lo contrario se pondría en peligro al pluralismo democrático y con ello la diversidad y riqueza cultural, llevando a la sociedad a una situación de dictadura ideológica. Para más información véase: LLAMAZARES CALZADILLA, M. C., Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático, Civitas, Madrid, 1999, 147.

⁴⁸ En el cuarto punto de este articulado se establecen los límites a los que deben acogerse las libertades citadas en el apartado primero. Exactamente tienen cuatro límites: 1. El respeto a los derechos reconocidos en el Título I; 2. Los preceptos de las leyes que lo desarrollen; 3. El derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen; y 4. La protección de la juventud y de la infancia.

20.4 CE: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

⁴⁹ Para más información véase: BARBERO, D., *Sistema del derecho privado: derechos de la personalidad, derecho de familia, derechos reales*, Ediciones Jurídicas Europa-América, 2, 1967, 271.

⁵⁰ STS 14/2003, de 30 de enero: “ha de traerse a colación la doctrina de este Tribunal, según la cual los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos en el art. 18.1 CE, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la

3.1.1. El honor, valores sociales y normativa

Nuestro ordenamiento jurídico no regula de forma específica el derecho al honor, por ello, es necesario acudir a la Jurisprudencia para dar respuesta a esta laguna legal, así el Tribunal Supremo lo entiende como *“un concepto jurídico cuya precisión depende las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento y con cuya protección se ampara a la persona frente a expresiones que la hagan desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio, o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas”*⁵¹; *“concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento”*⁵². El TS, con la consideración de las bases asentadas por el TC en la materia, ha definido el honor como la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona. Se destacan, así, los dos aspectos esenciales del honor, el subjetivo o interno, que es la consideración ante sí mismo y, el objetivo o externo, que tiene que ver con la consideración de los demás.

El TC se ha inclinado por una concepción del honor desde la perspectiva objetiva. En ella, a la hora de calificar un hecho como dañino o no respecto al honor, se utiliza el criterio con el que cuenta una persona en relación al entendimiento que la propia sociedad tenga de ellas en cada momento.

La doctrina también ha contribuido a dilucidar el concepto con el resultado de dos concepciones diferentes: una objetiva, encargada de realizar una diferenciación entre la fama y el honor, *“el honor está referido directamente al trato dado o recibido por los demás, y la fama, es el rumor, voz pública, renombre, que está relacionado con el eco que la persona produce en la opinión pública”*⁵³, y otra subjetiva, la cual entiende que el honor es un sentimiento íntimo y se corresponde con la imagen propia que tenga el individuo para sí mismo⁵⁴.

Aunque el legislador no ha desarrollado una ley sobre el derecho al honor, sí que encontramos referencias puntuales que afectan a diversas manifestaciones de este derecho. En la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁵⁵. A la hora de regular cuáles son los supuestos en

dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico. Se trata, dicho con otras palabras, de derechos autónomos, de modo que, al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás”.

⁵¹ STS 52/2002, de 25 de febrero, FJ 5.

⁵² En este sentido: SSTC 180/1999, de 11 de octubre, 52/2002, de 25 de febrero, y 51/2008, de 14 de abril.

⁵³ ALVEAR TÉLLEZ, J., “El honor ante la Jurisprudencia Constitucional. Elementos para un debate en torno al conflicto de derechos fundamentales”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26. nº 1, 1999, 132.

⁵⁴ ROGEL VIDE, C., *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1985, 157. En esta obra se determina que el honor *“es la valoración que la persona hace de sí misma, de lo que se exige y está dispuesto que le exijan”*.

⁵⁵ En ella no se distingue oportunamente los citados derechos que regula, de hecho, en el propio preámbulo se dispone que: *“en lo no previsto por las leyes, la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen está determinada por las ideas que prevalezcan en la*

los que hay un atentado contra los mencionados derechos, ha determinado en el art. 2 el supuesto negativo, es decir, el de inexistencia de vulneración de los citados derechos; así no se dará cuando: *“estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”*. En el lado opuesto se encuentra el art. 7.7, responsable al anunciar el supuesto positivo, y por tanto en los que sí habría vulneración: *“La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”*.

Otra ley que contempla el derecho al honor en relación directa con las libertades de expresión e información es la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁵⁶. La motivación de esta ley viene dada para desarrollar el art. 18.4 CE, el cual contempla el denominado derecho a la libertad informática, también conocido como *habeas data*⁵⁷.

El legislador ha querido abordar todas las cuestiones referidas a las libertades en la esfera del menor, debido a la gran trascendencia, importancia y cuidado que le otorga el ordenamiento jurídico por la indefensión que tienen los menores asociada a su edad; es por ello que existen más leyes al respecto. La publicidad es otro ámbito donde puede haber riesgo de vulneración de los derechos, ya no solo de los menores y del resto de ciudadanía, referidos a las libertades de expresión e información, es por ello que nació la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad⁵⁸. En ella, exactamente en su art. 3 se da el concepto, en términos generales para toda la ciudadanía, de la publicidad ilícita e irrespetuosa con la CE: *“la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4”*.

3.1.2. Titularidad dual del derecho al honor

El honor es un derecho de la personalidad, lo que lleva a conectar de modo instintivo su titularidad con las personas físicas⁵⁹. Sin embargo, esta idea evolucionó con el paso de los años, ya que cada vez las personas jurídicas adquirirían mayor responsabilidad jurídica y titularidad en el plano del derecho positivo. Desde la jurisprudencia se señala que, aunque el

sociedad en cada momento y por el propio comportamiento de cada persona”. BOE núm. 115, de 14/05/1982.

⁵⁶ «BOE» núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

⁵⁷ El habeas data es una acción jurisdiccional que confirma y da amparo al derecho de cualquier persona física o jurídica para solicitar y obtener la información existente sobre su persona, y de solicitar su eliminación o corrección si fuera falsa o estuviera desactualizada. Para más información sobre este tipo de procedimiento véase: PÉREZ-LUÑO ROBLEDÓ, E.C., *El procedimiento de Habeas Data. El Derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, Editorial Dykinson, Madrid, 2017, 14; GOZAÍNI, O.A., *Habeas Data. Protección De Datos Personales*, Rubinzal – Culzoni Editores, 2003, 29.

⁵⁸ En el siguiente enlace web se puede consultar el texto completo de la ley de publicidad: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-26156>.

⁵⁹ Esta es una idea arcaica que defendió el TC en la STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2: *“el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referido a personas individualmente consideradas”*.

honor es un valor que debe referirse a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o a la reputación, no es exclusivo de las mismas.

En la actualidad, son sujetos del derecho al honor tanto las personas físicas como las personas jurídicas⁶⁰. A pesar de ello como inicialmente a lo largo de la historia solo se había reconocido a las personas físicas, en el ordenamiento jurídico se reconoce cierta reminiscencia de esta idea, lo que produce que el reconocimiento de las personas jurídicas no sea tan amplio como ocurre con las físicas⁶¹.

3.2. Conflicto jurídico: Las convicciones personales y la vulneración al honor. Ponderación de derechos

En este estudio no se realiza un trabajo exhaustivo del derecho al honor, pero sí interesa poner de relieve cuáles son los principales criterios que utiliza el TC para resolver el conflicto entre las libertades de expresión e información.

3.2.1. El animus informandi frente el animus iniuriandi

Con el ejercicio de la libertad de expresión y la consecuente manifestación de las convicciones personales, el derecho al honor puede verse atacado. A la hora de determinar si las opiniones expresadas vulneran efectivamente el honor es necesario diferenciar la intencionalidad con la que se han proferido. Dichas manifestaciones pueden tener una finalidad informativa, mediante la cual se transmite información al resto de ciudadanía; o pueden buscar también la diversión y el entretenimiento. El TC ha establecido que este tipo de comentarios, como regla general, siempre y cuando cumplan una serie de requisitos tal y como se analizará más adelante, no dañan el derecho al honor, aunque puedan calificarse como injuriosas: “*acciones que podrían considerarse injuriosas, pero que tienen una intencionalidad meramente informativa o de crítica constructiva (animus narrandi o criticandi) o en un contexto humorístico o festivo (animus jocandi) no constituyen delito*”⁶². El TC vuelve a poner énfasis en la función de creación de opinión pública libre que poseen las libertades de expresión e información, por lo que la transmisión de información y/o opiniones que puedan favorecer la dicha creación mantendrá una posición de ventaja frente al resto de derechos que no sean instrumento idóneo creador de la institución garantizada. Por todo ello, la jurisprudencia ha confirmado la insuficiencia del criterio subjetivo del *animus iniuriandi* para otorgar una primacía automática al derecho al honor sobre las libertades de expresión e información.

⁶⁰ Así lo defendió el TC en la STC 139/1995, de 26 de septiembre, FJ 5: “*a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor*”.

⁶¹ Para más análisis sobre esta idea consultar la STC 214/1991, de 11 de noviembre.

⁶² VIVES ANTÓN, T., “Delitos contra el honor”. En Comentarios al Código Penal de 1995, v. I. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, 691.

Para que el honor actúe como límite a las libertades de expresión e información, y, por tanto, se vean restringidas en su ejercicio, es necesario que exista una vulneración de hecho del derecho al honor. No basta con que el sujeto refiera haberse sentido ofendido, sino que objetivamente tiene que haberse producido o proferido expresiones insultantes, vejatorias o denigrantes para que pueda concretarse la vulneración efectiva del derecho al honor⁶³. Otro requisito que hará que los jueces y tribunales consideren la manifestación como injuriosa, además de tener un claro contenido ofensivo o denigratorio, es necesario que haya un ánimo especial de dañar, de forma que la otra persona pueda considerarlo una deshonra.

3.2.2. Garantía institucional como elemento decisorio

El fortalecimiento que dispensa la figura de la garantía institucional a las libertades de expresión e información les confiere, tal y como se ha explicado con anterioridad el establecimiento de un núcleo esencial indispensable y un posicionamiento preferencial de manera expresa e incluso un estatus de jerarquía institucional cuando entre en conflicto con otros derechos fundamentales, tales como el honor.

Ahora bien, tras esa premisa cabe preguntarse: ¿Cuentan las libertades de expresión e información con primacía en todo caso?, la respuesta es negativa, por lo que para que se dé esa supremacía es necesario el cumplimiento de una serie de requisitos⁶⁴.

La posición preferencial ha sido conseguida por la capacidad que tiene el derecho de libertad de expresión e información de crear opinión pública libre, así es imprescindible que esa manifestación de las convicciones personales tenga una finalidad intrínseca a ella. Deben estar orientadas a la formación de la conciencia y el libre desarrollo de la personalidad, así como el respeto y mantenimiento de la dignidad humana.

Además de encontrarse en consonancia con estos fines, deben cumplir una serie de directrices para que sendas libertades no se vean limitadas en su ejercicio⁶⁵:

a) En primer lugar, que el tema sobre el que versan las opiniones, juicios o informaciones cuente con relevancia pública. Es decir, que sea objetivamente de interés para la creación de opinión pública libre y no un mero acontecimiento que cause curiosidad entre los ciudadanos. Esta relevancia puede ser a su vez, objetiva, si se tienen en cuenta la materia de la que versa; o subjetiva, si el tema central es la persona o el sujeto⁶⁶.

⁶³ Argumentación extraída de la STS de 22 de julio de 2008 (nº recurso 2672/2001).

⁶⁴ Esta información ha sido deducida de las SSTC 171 y 172/1990, de 12 de noviembre, FF. JJ. 5 y 2.

⁶⁵ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia II*, Civitas, Navarra, 2007, 274.

⁶⁶ Así lo ha plasmado en la STC 107/88, de 8 de junio, FJ 2: *“En relación con la segunda de las ideas enunciadas, procede señalar que el valor preponderante de las libertades públicas del art. 20 CE, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas,*

b) En segundo lugar, las expresiones deben adecuarse a las normas cívicas y de moral existentes. No se permite una lesión injustificada al honor de las personas ni al prestigio de las instituciones, debido a que, por ejemplo, las vejaciones, pueden demostrar el sentimiento y esencia de la idea pero son totalmente “innecesarias” para la formación de la opinión pública, lo que le lleva a dejar de ser una opinión para convertirse en un insulto⁶⁷. El TC ha reiterado que, aunque “*si se acepta la crítica, incluso la crítica molesta, la Constitución no ampara el derecho al insulto, ni se protege el empleo de apelativos injuriosos utilizados con fines de menosprecio*”⁶⁸. Cuando se ejercita el derecho a la libertad de información, el emisor, que suele ser un medio de comunicación deberá realizar un tratamiento adecuado de la información. Ello no significa otra cosa que el menor sacrificio posible del derecho al honor de la persona afectada, evitando expresiones, insinuaciones o incluso narración de hechos innecesarios desde la perspectiva del interés público de lo informado o expresado⁶⁹.

Es importante mencionar la posición que adquiere la libertad de expresión referida al arte en todas sus modalidades⁷⁰. La función que tiene la creación artística es subversiva, es decir, pretende alterar el orden social y la estabilidad política, es por ello que la obligatoriedad de una adecuación en las expresiones utilizadas no le es de aplicación. Por ello, y en analogía de esta regla, el anterior *animus iniuriandi* tampoco será un elemento que deba respetar, pudiendo existir una ofensa en las ideas expresadas⁷¹.

ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”.

⁶⁷ El TC también ha establecido ciertos límites que podrían considerarse muy cualificados por cuanto conllevan casi de manera indefectible la vulneración del derecho al honor, caso de los insultos y en general las expresiones o calificativos formalmente injuriosos proferidos sin justificación en el contexto de lo que se pretende divulgar: SSTC 105/1990, de 6 de junio; 170/1994, de 7 de junio; 232/2002, de 9 de diciembre.

⁶⁸ STC105/1990, de 6 de junio, FJ 8.

⁶⁹ En consonancia se encuentra el art. 7 del código deontológico de la praxis periodística, el cual establece que “*el periodista extremará su celo profesional en el respeto a los derechos de los más débiles y los discriminados*”. “*Por ello, debe mantener una especial sensibilidad en los casos de informaciones u opiniones de contenido eventualmente discriminatorio o susceptibles de incitar a la violencia o a prácticas humanas degradantes*”. “*Debe abstenerse de aludir, de modo despectivo o con prejuicios a la raza, color, religión, origen social o sexo de una persona o cualquier enfermedad o minusvalía física o mental que padezca*”.

⁷⁰ A pesar de que no es objeto de estudio de este trabajo no podemos dejar sin mencionar el derecho a la producción y creación a la producción y literaria, artística, científica y técnica, el cual se encuentra articulado junto a las libertades de expresión e información en el art. 20.1 c. A día de hoy, desafortunadamente, no existe un estudio sistemático de los elementos constitucionales tal y como existe con las citadas libertades. Sin embargo, lo que sí está claro es que no la aplicación y los límites no se deben aplicar de la misma manera que ocurre con carácter general para la libertad de expresión.

⁷¹ El TEDH sobre la defensa de sentimientos religiosos estipuló una diferenciación entre las creaciones artísticas en las que el instrumento de transmisión eran las palabras y en las que eran las representaciones gráficas. Dio un valor y defensa mayor a las palabras ya que jurídicamente está considerada como el elemento idóneo para la formación de opinión pública libre. Para más información relativa a las creaciones artísticas como manifestación de la libertad de expresión, véase: TARODO SORIA, S., Libertad de expresión y sentimientos religiosos, Juruá editorial, Lisboa, 2012, 32.

c) El último requisito si bien solo afecta al derecho a la libertad de información y es la veracidad del contenido transmitido. Esta circunstancia encuentra su fundamento en que el derecho a la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor subjetivo, los cuales no precisas de una demostración de veracidad. Por ello, el desarrollo de la libertad de expresión, en comparación con la libertad de información, es mayor ya que no debe acreditar esa verdad.

Teniendo en cuenta todas las circunstancias de cada caso concreto, como el contenido de la información, el tono de esta, la finalidad de la crítica, si existe intención de dañar o no, el juez habrá de determinar, tras un proceso ponderación⁷² caso por caso de los derechos en conflicto⁷³, “*si el ejercicio de esas libertades constitucionales protegidas como derechos fundamentales actúan o no como causa excluyente de la antijuridicidad*”. Dicho de otro modo, dilucidar si el derecho referido a las libertades vulneró o no el derecho al honor, y, en caso de que así fuera, analizar si la causa era justificada y se puede amparar en la protección que le confiere el ordenamiento jurídico. En caso contrario el juez dictaminará los términos en los que se establecerá el límite de las libertades fundamentales⁷⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvear Téllez, J.: “El honor ante la Jurisprudencia Constitucional. Elementos para un debate en torno al conflicto de derechos fundamentales”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26. nº 1, 1999.
- Alzaga Villaamil, O.: *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, 190.
- Basile, S.: “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, en (1980) *La Constitución española de 1978*, García de Enterría y Predieri (Dir.), 2ª ed., Madrid, 1981.
- Barbero, D.: *Sistema del derecho privado: derechos de la personalidad, derecho de familia, derechos reales*, Ediciones Jurídicas Europa-América, nº 2, 1967.
- Bueno Sánchez, G.: “Sobre la intolerancia”, *El Basilisco*, nº 4, 1978, 80-93.
- De Bartolomé Cenzano, J.C.: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, 2ª edición, Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002.
- Fernández Segado, F.: *El sistema constitucional español*. Dykinson, Madrid, 1997.
- Forst, R.: “Toleration in Conflict. Past and Present, Cambridge: University Press”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 15, nº 2, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2013.

⁷² En esta deliberación se aplicarán los criterios de proporcionalidad, respeto y adecuación sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, ya que se busca una limitación lo menos restrictiva posible, máxime, si además son garantía institucional.

⁷³ STC 107/1988, de 6 de junio, FJ 2.

⁷⁴ El TC parece haber establecido un ámbito en la consideración pública de cualquier persona absolutamente intangible, dada su vinculación inmediata con su propia dignidad, pero también con su honor: se trata del que atañe a su origen racial o étnico, de modo que las manifestaciones de carácter racista o xenófobo, por su propia naturaleza e intencionalidad, llevan intrínsecamente aparejada una vulneración del derecho al honor de los afectados por las mismas. STC 214/1991, de 11 de noviembre.

- Hernández Villalobos, L.: “Los tratados internacionales como base de la diplomacia mundial”. *Revista de Derecho*. Universidad del norte, 22, 2004.
- Izu Belloso, M.A.: “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1988.
- Jiménez-Blanco, A.: “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución*. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II, De los derechos y deberes fundamentales, Civitas, Madrid, 1991.
- Llamazares Calzadilla, M.C.: *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999.
- Llamazares Fernández, D.: *Derecho de la libertad de conciencia*, Vol. I, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2007.
- Llamazares Fernández, D.: *Derecho de la libertad de conciencia*, Vol. II, Civitas, Navarra, 2007.
- Llamazares Fernández, D.: *Derecho de la libertad de conciencia II: Conciencia, identidad personal y solidaridad, con la colaboración de Mª Cruz Llamazares Calzadilla*. 4ª ed. Cizur Menor (Navarra): Civitas - Thomson Reuters, 2011.
- Montalvo Abiol, J.C.: “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”. *Revista Jurídica UAM*, 22, Madrid, 2010.
- Naranjo de la Cruz, R.: *Derechos fundamentales*. En: F. Ballaguer Callejón, *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid: 2011.
- Rodríguez Montañés, T.: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito: Una aproximación desde la constitución a las fronteras del derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Rogel Vide, C.: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1985.
- Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M.: *La problemática interpretación del párrafo 1º del art.20 de la Constitución Española*. Medios de Comunicación, mensajes y derecho a la información. Ed. Colex. Madrid, 2011.
- Sánchez Ferriz, R.: “Algunas reflexiones sobre la efectividad de los derechos”, *Revista de Derecho Político*. nº 36, 1992.
- Sanjuán Freixes, T., Remotti Carbonell, J.C.: “Los valores y principios en la interpretación constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35, 1992.
- Solozábal Echavarría, J.J.: “La Libertad de Expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32, 1991.
- Tarodo Soria, S.: *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Servicio editorial Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2005.
- Tarodo Soria, S.: *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*, Juruá editorial, Lisboa, 2012.
- Tarodo Soria, S.: *Conciencia y libertad. “El derecho de libertad de conciencia como fundamento constitucional de los derechos a la información sanitaria y a decidir sobre la propia salud”*. En: Asociación de bioética fundamental y clínica. *La bioética y el arte de elegir*. 2ª edición. Madrid: Blanco Mercadé, A., Núñez Cubero, M.P., 2014.
- Tarodo Soria, S.: “Derecho e Interculturalidad”, en *Los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. En la Conmemoración del 70 Aniversario de la Declaración, José Antonio Pinto Fontanillo y Ángel Sánchez de la Torre (Eds.), Edisofer, Tomo II, 2020.

Tarodo Soria, S.: “Interculturalidad, Derecho y Libertad de Conciencia”, en *Libro Homenaje al Prof. Gustavo Suárez Pertierra*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021.

Vives Antón, T.: “Delitos contra el honor”. En *Comentarios al Código Penal de 1995*, v. I. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Normativa

Declaración Universal de Derechos Humanos: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights>.

Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta «BOE» núm. 67, de 19/03/1966.

LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen «BOE» núm. 115, de 14/05/1982.

LO 7/1989, de 5 de julio, de libertad religiosa «BOE» núm. 177, de 24/07/1980.

LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales «BOE» núm. 294, de 6/12/2018.

Jurisprudencia

TEDH Campbell and Cosans v. Reino Unido, de 25 de febrero de 1982.

STC 6/1981, de 16 de marzo. (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1981).

STC 12/1982, de 31 de marzo. (BOE núm. 95, de 21 de abril de 1982).

STC 62/1982, de 15 de octubre. (BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 1982).

STC 53/1985, de 11 de abril. (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985).

STC 104/1986, de 17 de julio. (BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1986).

STC 159/1986, de 12 de diciembre. (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1986).

STC 107/1988, de 6 de junio. (BOE núm. 152, de 25 de junio de 1988).

STC 107/1988, de 8 de junio. (BOE núm. 152, de 25 de junio de 1988).

STC 20/1990, de 15 de febrero. (BOE núm. 52, de 01 de marzo de 1990).

STC 105/1990, de 6 de junio. (BOE núm. 160, de 05 de julio de 1990).

STC 171/1990, de 12 de noviembre. (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 1990).

STC 214/1991, de 11 de noviembre. (BOE núm. 301, de 17 de noviembre de 1991).

STC 57/1994, de 28 de febrero. (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994).

STC 139/1995, de 26 de septiembre. (BOE núm. 246, de 14 de octubre de 1995).

STC 180/1999, de 11 de octubre. (BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 1999).

STC 46/2001, de 15 de febrero. (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2001).

STC 52/2002, de 25 de febrero. (BOE núm. 80, de 03 de abril de 2002).

STC 51/2008, de 14 de abril. (BOE núm. 117, de 14 de mayo de 2008).

STS 52/2002, de 25 de febrero. (BOE núm. 80, de 03 de abril de 2002).

STS 14/2003, de 30 de enero. (BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2003).

La pena de prisión permanente revisable: ¿hay que mantenerla?*

Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León. mdiag@unileon.es

Recibido
9 febrero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Prisión permanente revisable; Constitución; Principios constitucionales; Fines de la pena; Límites al *ius puniendi*; Populismo punitivo.

KEYWORDS

Permanent revisable prison penalty (revisable life imprisonment); Constitution; Constitutional principles; Purposes of the penalty (goals of sentencing); Limits to *ius puniendi*; Punitive populism.

Resumen

La exposición pretende una valoración crítica de la pena de prisión permanente revisable, introducida en el Código Penal español en 2015. Tras resumirse brevemente su regulación, se repasan, entre otras cuestiones, los argumentos que ponen en cuestión su conformidad a la Constitución española, a los fines de la pena y a los límites a la potestad punitiva del Estado propios de un Estado democrático de Derecho, llegándose a la conclusión principal de que, incluso si la pena no se considerara contraria a la Constitución, no es adecuado ni conveniente mantenerla.

The revisable permanent prison sentence: should it be maintained?

Abstract

The presentation aims at a critical assessment of the permanent revisable prison penalty (revisable life imprisonment), introduced in the Spanish Criminal Code in 2015. After briefly summarizing its regulation, we review, among other issues, the arguments that call into question its conformity with the Spanish Constitution, the purposes of punishment (goals of sentencing) and the limits to the punitive power of the State typical of a democratic State of Law, reaching the main conclusion that, even if the penalty is not considered contrary to the Constitution, it is not appropriate or convenient to maintain it.

* El presente trabajo mantiene su forma original de ponencia (eso sí, con una extensión mayor de la que fue posible en la exposición oral) su forma de redacción y la ausencia de referencias doctrinales y jurisprudenciales concretas. El trabajo se enmarca en los proyectos de investigación DER2016-76715-R (AEI) y PID2019-108567RB-C21, de los que soy investigador principal (en el segundo, con la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales) y en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León y del Grupo de Investigación DP ULE, que dirijo, y se conecta además de algún modo con las actividades del Grupo de Innovación Docente DP-ULE, del que igualmente soy responsable, y del Programa de Doctorado “Responsabilidad Jurídica. Estudio Multidisciplinar” de la Universidad de León.

I. Introducción – II. Breve referencia a la regulación en el CP. – III. ¿Es inconstitucional la prisión permanente revisable?: 1. El mandato de determinación, derivado del principio de legalidad; 2. La prohibición de penas y tratos inhumanos y degradantes; 3. La orientación de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad a la reeducación y rehabilitación del delincuente (resocialización); 4. El principio de igualdad; 5. Otras posibles tachas de inconstitucionalidad y reflexión conclusiva – IV. ¿Sirve la prisión permanente revisable a los fines de la pena?: 1. La prevención especial; 2. La retribución; 3. La prevención general – V. ¿Respete la prisión permanente revisable los principios y garantías penales? ¿Es necesaria?: 1. Planteamiento; 2. Principio de proporcionalidad y necesidad de la pena de prisión permanente revisable; 3. Principio de culpabilidad; 4. Principio de eficacia o efectividad; 5. Otros principios – VI. ¿Está la prisión permanente revisable en la tradición de los códigos penales españoles? – VII. ¿La prisión permanente del CP español existe en otros países de nuestro entorno? – VIII. Recapitulación: ¿Es conveniente que exista la pena de prisión permanente revisable? – IX. ¿"Nació" bien la pena de prisión permanente revisable en España? – X. ¿Es populista la previsión de la pena de prisión permanente revisable y se justifica el debate sobre ella? – XI. ¿Otros argumentos en contra de la prisión permanente revisable? – XII. ¿Qué se debe hacer?

I. INTRODUCCIÓN

He formulado parte del título de mi ponencia entre interrogantes, porque quisiera barajar, aunque sea de la forma breve y simplificada, argumentos a favor y en contra del mantenimiento o la supresión o abolición de la pena de prisión permanente revisable, introducida en nuestro ordenamiento en 2015. Pero creo que es bueno que deje claro desde el principio que personalmente no albergó dudas al respecto: la pena de prisión permanente revisable debe desaparecer, o, como mal menor, ser seriamente modificada. A favor de su derogación me he manifestado además públicamente, de la forma más general en el manifiesto que en tal sentido firmamos la inmensa mayoría (incluso infrecuente entre nosotros) de los catedráticos y acreditados a tales españoles de Derecho Penal (con reacciones de todo tipo en medios y redes, favorables, contrarias, matizadas ... y algunas espeluznantes, amenazantes), aunque no por todos, siendo, mo haría falta decirlo, absolutamente respetable la opinión y las razones para no hacerlo de los que no lo apoyaron.

No es posible en este marco exponer con un mínimo detenimiento la regulación de la pena en el ordenamiento positivo español (se hará una breve mención resumida, sin detalles) ni tampoco desbrozar las distintas cuestiones y dificultades técnicas que plantea. En un acontecimiento académico "En defensa de la Constitución" me referiré, como es natural, al debate sobre la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable. Pero, además y más allá de este, plantearé la cuestión de la necesidad y conveniencia de la pena, incluso si cupiera en el marco constitucional.

Desarrollaré, en buena medida, mi exposición a partir de interrogantes.

II. BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN EN EL CP

La Ley Orgánica (LO) 1/2015, de 30 de marzo, reformó muy ampliamente el Código Penal (CP). Una novedad importante y muy aireada mediáticamente fue la introducción de la pena de la que me ocupo en esta exposición.

En el Preámbulo de la citada LO se nos ofrece esta escueta explicación sobre el porqué de esa novedad: “La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido [sigue la exposición de otras reformas que obedecerían a la misma necesidad]”. Y, ya de modo algo más amplio, se nos informa así: “La reforma introduce una nueva pena de prisión permanente revisable, que podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad –asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad– en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos. La prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: una vez cumplida una parte mínima de la condena, un tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. La previsión de esta revisión judicial periódica de la situación personal del penado, idónea para poder verificar en cada caso el necesario pronóstico favorable de reinserción social, aleja toda duda de inhumanidad de esta pena, al garantizar un horizonte de libertad para el condenado./En la prisión permanente revisable, cumplida esa primera parte mínima de la pena, si el tribunal considera que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad, se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión de su situación; y si, por el contrario, el tribunal valora que cumple los requisitos necesarios para quedar en libertad, se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control orientadas tanto a garantizar la seguridad de la sociedad, como a asistir al penado en esta fase final de su reinserción social./La pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de «pena definitiva» en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión./Se trata, en realidad, de un modelo extendido en el Derecho comparado europeo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ajustado a la Convención Europea de Derechos Humanos, pues ha declarado que cuando la ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al artículo 3 del Convenio (cfr. SSTEDH 12-2-2008, caso Kafkaris vs. Chipre; 3-11-2009, caso Meixner vs. Alemania; 13-11-2014, caso Bodein vs. Francia; 3-2-2015, caso Hutchinson vs. Reino Unido)./El Consejo de Estado ha tenido también oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las penas de duración indeterminada –pero revisables–, al informar con relación a la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el que está prevista la posible imposición de una pena de prisión permanente”. Anticipo que, como se verá, los promotores del texto se iban poniendo aquí ya “vendas” para las posibles heridas derivadas

de los ataques y críticas que la nueva pena provocaba. Y, como también se verá, creo que “ventas” poco útiles por poco convincentes.

El marco regulativo se encuentra básicamente en los arts. 33.2 a) (carácter de pena grave, la primera de ellas), 35 (inclusión en el catálogo de penas privativas de libertad, en el primer lugar), 36.1 (remisión a regulación de revisión, tercer grado, permisos), 70.4 (pena inferior en grado), 76.1 e) (límite máximo de cumplimiento: remisión), 78 bis (tercer grado y suspensión de ejecución de resto de pena en caso de condena por más de un delito cuando al menos uno está conminado con prisión permanente revisable), 92 (suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable y libertad condicional), en lo que se refiere a su régimen general, y en los arts. 140 (determinados supuestos de asesinato), 485 (dar muerte al Rey, a la Reina, al Príncipe o a la Princesa de Asturias), 605.1 (dar muerte al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España), 607.1.1º y 2º (genocidio si se da muerte a alguno de los miembros del grupo o se le agrede sexualmente o se le infligen lesiones del art. 149 CP, es decir, lesiones especialmente graves), 607 bis.2.1º (delito de lesa humanidad con muerte de alguna persona) CP. El art. 573 bis CP, introducido por LO 2/2015, también de 30 de marzo, establece en su nº 1.1ª, para los delitos de terrorismo del art. 573.1 en los que se cause muerte de alguna persona, la pena “de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código”, que parece ser la de prisión permanente revisable, aunque ello no está del todo claro¹.

Muy resumidamente podemos decir que la pena de prisión permanente revisable, prevista para un número reducido de concretos delitos (de especial gravedad), se configura como una pena grave privativa de libertad de duración indeterminada en cuanto a su límite máximo (puede ser de por vida, perpetua), con un mínimo (fijado en la primera revisión y posible suspensión de la ejecución) de al menos veinticinco años, y con duros requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional, la concesión de permisos penitenciarios y la progresión al tercer grado (que nunca se producirá antes de quince años, con requisitos añadidos).

¹ La cuando menos curiosa expresión utilizada para establecer la pena en este precepto se debe a que en el pacto antiterrorista que da lugar a la LO 2/2015 no todos los firmantes estaban de acuerdo en que debiera existir la pena de prisión permanente revisable (que se creaba en la paralela LO 1/2015), por lo que se opta por esa expresión. A primera vista parecería que la pena más grave de prisión que prevé el CP es precisamente la prisión permanente revisable, pero se ha llegado a apuntar que ello no está del todo claro, pues el catálogo de penas graves del art. 33.2 CP distingue entre “a) La prisión permanente revisable” y “b) La prisión superior a cinco años”. Y además, en la pena de prisión permanente revisable no se prevé, lógicamente (en la lógica de tal pena) un tiempo máximo, cosa que sí sucede en el resto de penas de prisión. Lo cierto parece que no por ello la *prisión* permanente revisable deja de ser una pena de *prisión* y, según los casos (no necesariamente, pero sí en aquellos en que la revisión reiteradamente acabe con resultado negativo para el penado y supere además la duración máxima de otras penas de prisión) podría tener una duración mayor que cualquiera de las otras graves de prisión previstas, de modo que se puede concluir que a ella se refiere, con su expresión, el art. 573 bis.1.1ª CP. Pese a todo, resulta (vuelvo a utilizar una palabra suave) sorprendente que una discusión política se zanje (ahora seré un poco menos correcto) un tanto infantilmente con un texto que genera dudas en cuestión tan relevante.

III. ¿ES INCONSTITUCIONAL LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE?

El debate jurídico (no tanto el popular) en torno a la pena de prisión permanente regulable se ha centrado en buena medida en su eventual inconstitucionalidad. Y, en el ámbito político, este aspecto fue desde el principio central, hasta el punto de que todos los grupos parlamentarios de la oposición (es decir, todos menos el Grupo Popular, con cuyos únicos votos se aprobó la reforma, en un momento en que gozaba de mayoría absoluta parlamentaria) interpusieron de inmediato recurso de inconstitucionalidad en relación con la regulación de la nueva pena. El Tribunal Constitucional lo admitió ... y todavía, casi cinco años después, no ha resuelto.

Resumiré a continuación los principales motivos que se han barajado para fundamentar la eventual inconstitucionalidad de la pena y expondré brevemente mi opinión al respecto.

1. El mandato de determinación, derivado del principio de legalidad

El principio de legalidad penal (y sancionatoria) se recoge en el art. 25.1 de la Constitución española (CE) (además de en otras leyes): “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

Un derivado de este principio de legalidad es el mandato de determinación, certeza, concreción o taxatividad, muchas veces aplicado al tipo penal, pero también predicado a menudo de la sanción penal, especialmente de las penas.

Significa, dicho de manera simplificada, que no basta que exista una ley previa que indique que una acción u omisión constituye delito, sino que ha de determinar con claridad cuál es esa conducta, pues, de lo contrario, la garantía derivada del principio de legalidad, consistente en que todo ciudadano pueda saber antes de realizar un hecho si este es o no constitutivo de delito quedaría vulnerada al no conocerse los perfiles concretos del hecho delictivo.

Esto es claro para los tipos penales, y se deriva directamente también del texto constitucional. Pero, con razón, se ha querido extender el principio de legalidad y sus garantías a las sanciones, cosa que no se deriva inmediatamente del texto constitucional, pero que parece lógica (debe poder saberse con antelación qué consecuencias tiene realizar esas acciones previstas como delitos y debe saberse con claridad y precisión) y sí puede derivarse del CP: art. 2.1 (y otros): “No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración...”.

Se ha aducido que la prisión permanente revisable vulneraría este principio porque no se conoce la duración concreta que tendrá ni siquiera una vez dictada sentencia. Ciertamente, se conoce el mínimo, que será variable dependiendo de cuándo proceda la primera revisión (25 casi siempre, pero excepcionalmente 28, 30 o 35 años), pero no el máximo (salvo lo que dé de sí la vida del penado, claro, pues la pena acaba con la muerte) y, además, la determinación del fin de la duración se deja a un momento muy posterior a la condena y, por supuesto, muy lejano a los hechos (y no digamos a su tipificación y conminación penal), que, además, hoy

por hoy, según explican diversos expertos recientemente, va a depender de un diagnóstico solo muy relativamente fiable. Además, no tiene, como otras penas, grados. Todo ello parece contradecir la doctrina del TC sobre la taxatividad derivada del principio de legalidad penal.

Esta idea va unida a la de seguridad jurídica, también consagrada, junto al principio general de legalidad en el art. 9.3 CE: “3. La Constitución garantiza 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”.

Ahora bien, se podría aducir que todo esto, pese a pronunciamientos previos sobre otras penas del TC, no se deriva sin más del (imperfecto) texto constitucional y, sobre todo, que la indeterminación de la pena es solo relativa y no absoluta. Pues bien, aunque no comparto estas opiniones, aun concediendo que así fuera y no se derivara de estas objeciones la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable, creo que debe admitirse al menos que esta pena está “en el límite” y no es la más indicada (cabiendo otras posibilidades) para el cumplimiento del mandato de determinación derivado del principio de legalidad, lo que, como mínimo, constituye un punto en contra de su mantenimiento.

2. La prohibición de penas y tratos inhumanos y degradantes

La CE prohíbe en su art. 15, además de la pena de muerte, las penas y tratos inhumanos o degradantes: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

Se ha señalado por algunos que la prisión permanente revisable chocaría con esa prohibición. Por un lado, porque una privación de libertad perpetua es en todo caso inhumana y la prisión permanente revisable puede ser sin duda perpetua, si el pronóstico en la revisión no es favorable.

Por otro lado, muchos expertos señalan que penas de prisión demasiado largas (la cifra es variable, pero suele ponerse en los 15 años como mucho, aunque no entraremos aquí en esta cuestión) son de por sí inhumanas en cuanto destruyen la personalidad del penado sin posibilidad de recuperación (ni de resocialización). Plazos de 25, 28, 30 y 35 años superan con mucho esas cifras y ya resultarían inhumanos o degradantes, pero más aún si ni siquiera es seguro el final de la pena llegado este momento. Como se ha dicho, el pronóstico es inseguro (y, por tanto, tendente a que, en la duda, se opte por apreciar peligrosidad), no se ofrecen al penado medidas o acciones concretas para contribuir a mejorar su pronóstico. La inseguridad de este, unida a los largos plazos hasta la primera revisión, generará, a su vez, niveles de inseguridad y angustia en el penado que resultan inhumanos según los parámetros del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Personalmente me convencen estos argumentos (algunos de los cuales podrían incluso aplicarse a otras penas de prisión del ordenamiento español). Pero la cuestión de la

humanidad de las penas es siempre algo difusa (aunque tribunales como el señalado marcan pautas), por lo que no es fácil esperar una declaración de inconstitucionalidad por esta vía. Pero, como sucederá en toda mi argumentación, creo que queda patente que, si la prisión permanente revisable no resultara inconstitucional por vulneración del principio que nos ocupa, se acerca a ello. El principio de humanidad de las penas, más allá de la constitucionalidad o no, debe informar también la evolución de los sistemas penales hacia una mayor humanidad y respeto a la dignidad humana. No parece que este sea el camino con la pena de prisión permanente revisable. En todo caso, ha de plantearse si con una pena así, al menos en su configuración española, no se está haciendo primar la seguridad (en mi opinión más pretendida que real, por lo demás) de la sociedad frente a la dignidad de sus ciudadanos, incluso los privados de libertad, de forma que se avanza a un modelo excesivamente comunitarista y, en mi opinión, peligroso.

3. La orientación de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad a la reeducación y rehabilitación del delincuente (resocialización)

La que ahora vamos a tratar ha sido sin duda la principal crítica a la pena y en la que más se basa su tacha de inconstitucionalidad. Efectivamente, el art. 25.2 CE establece: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

Ni siquiera existe acuerdo sobre qué sea la resocialización ni si esta es posible con penas privativas de libertad, especialmente si son de duración excesivamente corta o excesivamente larga. Pero podemos convenir en que, concebida al menos como un mínimo, la resocialización implica que, en la propia concepción de la pena y en su ejecución, se ofrezcan al penado (con carácter voluntario) diversos instrumentos que eviten una destrucción de su personalidad y sociabilidad tal que impidan toda vuelta a la normalidad de una vida sin delitos e incluso ayuden a esta. Mencionar aquí los instrumentos posibles sería muy largo, pero los hay, existen y se aplican en nuestro Derecho y en nuestros centros penitenciarios.

No hace falta explicar por qué la pena que nos ocupa sería sin duda inconstitucional si no fuera revisable, pero no es el caso.

En contra de las posibilidades resocializadoras de la pena de prisión permanente revisable se ha alegado fundamentalmente la propia posibilidad de la privación de libertad sea temporalmente ilimitada, hasta la muerte del penado, lo que, como mínimo, provocará desaliento; que el plazo mínimo de duración será siempre 25 años (a veces más), duración que muchos expertos, ya lo hemos mencionado en general, consideran anula bastante la personalidad del penado y destruye o limita enormemente las posibilidades de resocialización (incluso entendida como no desocialización) que, además, en el periodo que conlleva la pena se limitan mucho las posibilidades de cumplimiento alternativo y los beneficios

penitenciarios (tercer grado, permisos: art. 36.1 CP, aunque a algún autor le parece que poder obtener un permiso como pronto a los 8 años es una medida bastante resocializadora y el plazo breve); que incluso después de la revisión con pronóstico positivo, en el que, por cierto, se tienen en cuenta también circunstancias ajenas al penado: art. 92.1.c CP), se impone necesariamente un periodo de suspensión condicional de cinco a diez años (art. 92.3 CP), con lo que el sometimiento al sistema penal se alarga aún más, pudiendo además ser revocada la suspensión por circunstancias variadas, lo que implicaría la vuelta a prisión. Como ya he señalado, tampoco se dan pautas al penado para orientarle en su resocialización.

Por el contrario, a favor de la compatibilidad de la pena de prisión permanente revisable con el mandato constitucional de orientación a la resocialización (que no se concibe como un derecho fundamental del penado, sino como un mandato al legislador –lo cual es correcto–, avalado por el TC, pero no supone la constitucionalidad sin más de la prisión permanente revisable, como pretende algún autor) e incluso en general a favor de la prisión permanente revisable, se aduce que la existencia de revisión es precisamente la que permite comprobar los avances en la resocialización, incluso mejor que en otras penas. Este argumento me parece endeble, pues, según ello, más valdría establecer en general penas de duración indeterminada, eso sí, con revisión. La resocialización es algo a lo que debe tender la pena, no un resultado necesario de ella. De modo que, por las razones vistas y otras, las penas de prisión deben limitarse temporalmente, incluso aunque no se consiga la resocialización (incluso si el penado se niega a medidas rehabilitadoras de tratamiento, etc.). Además, la revisión, como pronto a los 25 años, llegaría en todo caso tarde para la eficacia resocializadora, por lo que ya hemos visto. Y decir que se deja en manos del penado el esforzarse en la resocialización y así se fomenta esta resulta contradictorio con la posibilidad de que la pena no acabe nunca y no se le den al penado orientaciones legales para su rehabilitación.

Otro argumento que se ha usado en este contexto es que la resocialización no es el único fin de la pena. En ello estoy plenamente de acuerdo, pero ello no implica que esta deje de ser uno de los fines de la pena y, de hecho (aunque se puede discutir incluso que sea el más importante o el primordial), es el único fin de la pena con reconocimiento constitucional expreso. Obviamente, tampoco me parece que aporte mucho el argumento, también utilizado, de que ninguna pena de prisión contribuye demasiado a la resocialización (supongo que en un entendimiento máximo de esta).

En resumen, aun condescendiendo y dando crédito (lo que es muy dudoso) a la opinión de que la prisión permanente revisable no destruye las posibilidades de resocialización, me parece nuevamente que, desde luego, no la fomenta, no está en línea precisamente con un programa que tienda a ella.

4. El principio de igualdad

Se ha sugerido que la pena de prisión permanente revisable podría atentar contra el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, por las enormes diferencias de privación de libertad y ejecución que puede suponer en unos y otros casos. Es posible, aunque discutible, pues siempre se podría alegar en contra que lo que tal principio supone es trato desigual de lo

desigual y, por lo tanto, se respetaría. No estoy convencido de ello, pero, por si acaso, me parece preferible enfocar estas diferencias por la vía ya apuntada de la falta de certeza.

5. Otras posibles tachas de inconstitucionalidad y reflexión conclusiva

Algunos (otros) principios y límites del *ius puniendi* poseen también fundamento constitucional (además de funcional), pero los veremos en otros apartados.

Concluyo este señalando resumidamente que, en mi opinión, si la pena de prisión permanente revisable no resulta inconstitucional (yo más bien creo que sí), es claro que estaría al menos en el límite de lo constitucionalmente admisible y, desde luego, no se adecua bien a los mandatos constitucionales analizados.

Sea como sea, todos estamos esperando a que hable el Tribunal Constitucional. Resulta un tanto sorprendente que no lo haya hecho aún, pendiendo un recurso desde hace tanto tiempo. Ciertamente, las prisas de algunos de los recurrentes se han atemperado notablemente y hay que reconocer que nuestro Tribunal Constitucional tiene una alta carga de trabajo, especialmente sin duda a partir de sucesos que están en la mente de todos y que han tenido “secuestrada” no solo la atención de altas instituciones del Estado, sino también en gran medida el debate político y ciudadano en nuestro país ... al menos hasta la llegada de la terrible pandemia que seguimos sufriendo (aunque ni esta ha acabado con “el asunto”). Lo malo es que mientras tanto, la pena de prisión permanente revisable ya ha sido impuesta en un notable número de casos (¡y no puede ser de otra manera mientras exista!).

Para concluir esta parte de mis reflexiones diré que, desde luego, el hecho de que en este caso haya recurso de inconstitucionalidad y no lo haya frente a la prisión perpetua del Estatuto de la Corte Penal Internacional no es argumento para defender la constitucionalidad sin más de la pena de prisión permanente revisable; en todo caso, lo sería para cuestionar la de la otra.

IV. ¿SIRVE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE A LOS FINES DE LA PENA?

1. La prevención especial

Parece claro que la pena que analizamos sirve a aspectos de la prevención especial como el aseguramiento y la inocuización, distintos de la resocialización, en la que, entre otras cosas, como la humanidad de las penas y el respeto a la dignidad humana, aquellos encuentran sus límites.

2. La retribución

Desde luego, se ha reivindicado la pena de la que tratamos desde el punto de vista de la retribución. Nada tengo que decir si esta se concibe como afán de justicia absoluta o como venganza, pues estas me parecen insostenibles como fines de la pena y. Sin embargo, más aceptable es una retribución con minúscula, especialmente si se concibe (como a menudo

sucede en el mundo anglosajón, pero también por algunos autores españoles, en combinación con finalidades preventivas), precisamente como límite (en mi opinión, ligado al principio de proporcionalidad) a los excesos del utilitarismo que pudieran derivarse de una concepción puramente preventiva de la pena. Pero, desde esta concepción la utilidad de la pena de prisión permanente revisable, con la posibilidad de duración de por vida, resulta más que dudosa.

3. La prevención general

En cuanto a la prevención general, entendiéndola sobre todo como intimidación (como creo preferible, aunque con límites funcionales y constitucionales), creo que la pena de prisión permanente revisable puede, en principio, desplegar efectos. Hay quien aduce que falla, porque ya existen casos en que se han cometido delitos y se ha condenado a esta pena y, sin embargo, siguen produciéndose delitos de la misma clase. Esto no es argumento suficiente, pues ello sucede con todos los delitos y penas que se cometen, y la eficacia preventivo-general ha de medirse (no es fácil, en todo caso) por sus éxitos y no por sus fracasos. Bien es verdad que en el tipo de delitos para los que se prevé la pena cuesta creer que la amenaza de esta, despliegue grandes efectos preventivos sobre los eventuales delincuentes (para la mayoría de los ciudadanos es innecesaria, pues no cometerán delitos así sin necesidad de que haya amenaza penal). Así lo avalan los expertos, que dicen que además no hay relación entre esta dureza y una mayor seguridad. Pero lo fundamental y que analizaremos enseguida, al hilo del principio de efectividad o eficacia, es si otras penas menos gravosas desplazarían al menos los mismos efectos preventivos.

Si la prevención general se defiende (en único, primer o segundo término) como prevención general positiva, va a depender de cómo se conciba esta. Si el efecto es el de que los ciudadanos confíen en las normas, es aceptable, pero no sé si para ello es necesario una pena tan grave como la prisión permanente revisable (más bien parece que no). Si más bien (como ocurre a menudo, incluso de forma confesada por algunos autores) se alude a retribución, y no digamos a venganza, la finalidad me parece rechazable y, si es prácticamente lo único que aporta la pena de prisión permanente revisable, no hay argumento para sostenerla. Cuando se manifiestan opiniones que reivindicaban la ejemplaridad y tranquilidad social a través de esta pena, me temo que en ocasiones se esconde lo anterior bajo estos aparentemente amables términos. Y no digamos cuando se apela a la aprobación ciudadana mayoritaria (casi siempre inducida y, además, nunca comprobada con certeza).

V. ¿RESPECTA LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PENALES? ¿ES NECESARIA?

1. Planteamiento

No repasaré todos los principios y garantías penales, a menudo conocidos como límites al *ius puniendi* (ya se ha hablado de algunos, como legalidad y humanidad y resocialización), sino solo algunos.

Así, se ha criticado sobre todo a la pena de prisión permanente revisable regulada en el CP español que no respeta plenamente los principios de *proporcionalidad* ni de *culpabilidad*. Y a ello se añade a veces la mención de algún otro.

2. Principio de proporcionalidad y necesidad de la pena de prisión permanente revisable

En lo referente al principio de proporcionalidad, se critica sobre todo a la pena porque restringe excesivamente la libertad de modo innecesario, dadas las bajas tasas de delincuencia españolas, en especial a lo que delitos graves se refiere, resultando por tanto innecesaria una medida tan dura. No estoy seguro de si esta argumentación debe referirse en realidad al principio de proporcionalidad, pero nos permite hablar de si la pena es *necesaria*, al menos en España. Y mi respuesta es aquí rotunda. No había necesidad de esa pena en términos racionales.

Y ello porque, para los delitos graves, el ordenamiento español contaba y cuenta ya con penas de prisión desmesuradamente largas, de hasta cuarenta años de cumplimiento efectivo (lo que me parece ya criticable desde diversos puntos de vista, aunque este no es el tema aquí), a las que la prisión permanente revisable no añade nada, salvo tal vez un punto más de inseguridad, inhumanidad y desaliento. España tiene penas privativas de libertad de las más largas de Europa, es uno de los países (esto puede variar, pero alrededor del cuarto²) en que más prisión se cumple en Europa (lo cual es casi decir en el mundo). Y tiene una de las poblaciones penitenciarias más amplias de Europa, así como una media de estancia en prisión de casi el doble que la media de la Unión Europea.

Pero es que, además, las tasas de delincuencia españolas son efectivamente de las más bajas de Europa y del mundo (y descendiendo, como reconoció el propio Gobierno, el último del Partido Popular hasta el momento, que defendió la prisión permanente revisable), y mucho menos hay un problema de delitos violentos graves. Piénsese que la prisión permanente revisable está prevista en nuestro CP para el asesinato en que concurren las circunstancias que determina el art. 140 CP: “1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:/1.^a Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad./2.^a Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima./3.^a Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal./2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo” (por cierto que al menos el caso del asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, por ser este cualquiera, sí que podría dar lugar a aplicaciones desproporcionadas y desiguales de la prisión permanente revisable). En segundo lugar para el delito de matar al Rey, la Reina o al

² Como he señalado, este trabajo mantiene el carácter de ponencia con el que fue concebido y, para los datos y posiciones que se citan en lo que sigue no voy a citar fuente concreta. La mayoría de las veces se han consultado varias y en ocasiones lo que se expone es una media aproximada de todas ellas. Pido en todo caso disculpas si existen imprecisiones o incluso algún error, por no ser posibles las comprobaciones personales y estrictas que en un trabajo puro de investigación realizaría sin duda.

Príncipe o Princesa de Asturias (art. 485.1 CP), que se comprende no será muy frecuente, como tampoco el matar a al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España (art. 605.1 CP). Además, dos supuestos de genocidio (art. 607.1.1º y 2º CP) y en el delito de lesa humanidad con muerte de alguna persona (art. 607 bis.2.1º), tampoco especialmente frecuentes. Y, por fin, tal vez³ en algunos delitos de terrorismo, conminados con “la de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código si se causara la muerte de una persona” (art. 573 bis.1.1º). Se trata de delitos graves, sin duda, pero conviene saber que, aparte de lo ya dicho anteriormente, la tasa española de homicidios (dolosos y en sentido amplio) es de las más bajas del mundo (la mitad que la francesa, por ejemplo): aproximadamente de 0,60 por 100000 habitantes (en Europa solo menor Austria). Y la reincidencia es baja (5 % según las estimaciones poco generosas).

3. Principio de culpabilidad

Respecto del principio de culpabilidad, algunos señalan que el hecho de que la prisión permanente revisable se prevea sin alternativa y sin suficiente matización y excepciones según las circunstancias (además de las del hecho) del sujeto (que podrían modular su culpabilidad) vulnera este principio (incluso se relaciona con una vulneración al derecho a la libertad, consagrado en el art. 17 CE). Esta vulneración no está tan clara (más allá de la desproporción con cualquier culpabilidad que puede derivarse del resto de argumentos), pues a quien comete un delito conminado con la pena de prisión permanente revisable sí pueden aplicársele múltiples preceptos del CP moduladores o incluso excluyentes de la culpabilidad. Pese a ello, puede reconocerse que podría haberse hecho una mayor matización según circunstancias.

4. Principio de eficacia o efectividad

Me parece claro que se vulnera el principio de eficacia o efectividad, no tanto por las dudas acerca de que la prisión permanente revisable cumpla algunos de los fines preventivos propios de las penas (de las que se ha hablado ya), cosa que sucede también con otras penas, sobre todo en relación con la prevención general de delitos graves, como por el hecho de que no hay la más mínima constancia empírica (no puede haberla apenas todavía en España, pero sí en otros países, y al parecer indica lo contrario) de que la prisión permanente revisable sea preventivamente más eficaz que otras penas privativas de libertad (algunas también excesivamente largas en España). No siendo así, el principio de eficacia obliga a elegir las medidas menos gravosas. La experiencia con la pena de muerte y su abolición en muchos países es muy significativa al respecto.

5. Otros principios

Para no alargarme más, señalaré que no tanto la pena en sí, sino alguno de los tipos de delito a que se anuda, suscitan dudas sobre su respeto al principio de responsabilidad por el hecho y evocan cierto Derecho penal de autor, si no de enemigo. Ello me parece claro en el asesinato

³ V. *supra* n. 1.

subsiguiente a un (¡a cualquier!) delito contra la libertad sexual, que seguramente vulnera también, al menos parcialmente, otro principio tan importante como el de non o ne bis in idem.

VI. ¿ESTÁ LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE EN LA TRADICIÓN DE LOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES?

El último CP español que contempló prisión perpetua fue el de 1870 (además de que habría que introducir matices respecto este y de los CP anteriores), pues el de 1928 la abolió expresamente, si bien preveía internamientos indeterminados para incorregibles, con determinados requisitos y como medida de seguridad. Ni siquiera durante el franquismo, en que existió pena de muerte, hubo cadena perpetua, revisable o no. Y, por supuesto, el vigente CP de 1995 no contempló la pena hasta su reforma por LO 1/2015. Por lo tanto, para hablar de línea con la tradición de los CP españoles habría que remontarse a tiempos muy lejanos.

VII. ¿LA PRISIÓN PERMANENTE DEL CP ESPAÑOL EXISTE EN OTROS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO?

El argumento de que la pena de prisión permanente revisable existe (con diversos nombres) en países de nuestro entorno, algunos de gran tradición jurídica y respetuosos con los principios que rigen y limitan el Derecho penal (se suele citar Alemania y Francia, sobre todo), ha sido uno de los más manejados por sus partidarios y promotores. No nos fijaremos en los Estados Unidos de América, en que existe la cadena perpetua y en ocasiones totalmente perpetua, pues su sistema penal se aleja bastante del nuestro y, en mi opinión, es poco ejemplar.

Centrándonos en Europa, hay que decir que efectivamente y sin que entremos en detalles (de condiciones de cumplimiento –duras sin duda en España– o forma de ejecución, de supuestos de duración excepcional), muchos países contemplan una prisión permanente revisable (no todos: valga citar el ejemplo cercano de Portugal, que no la contempla). Pero basta fijarnos, sin mayores matices, en el momento de la primera revisión para observar diferencias con la española. Alrededor del plazo mínimo (en el mejor de los casos) español de veinticinco años están países como Georgia, Letonia, Polonia, Rusia, Turquía o Italia, entre otros; otros (pocos) establecen un plazo ordinario aún mayor, como, por ejemplo, Estonia o Moldavia. Pero la mayoría están por debajo: alrededor de veinte años en Bulgaria, República Checa, Grecia, Armenia, Rumanía o Francia (aunque en este país hay casos en que puede ser anterior la revisión; variadas son también las situaciones en el Reino Unido); quince años en Alemania, Austria Suiza o Bélgica, entre otros; más temprana aún en Dinamarca, Finlandia o Suecia; y hasta a los siete años en Irlanda. Sin menospreciar a ningún país ni su calidad democrática ni su solidez jurídico-penal ni su política criminal, lo anterior habla por sí solo. Y, por si se quiere una cifra más del país al que normalmente más miramos los penalistas españoles, Alemania, debe decirse que la media de cumplimiento de la pena efectivamente está en torno a diecinueve o veinte años, cinco o seis menos que la primera posibilidad de revisión en España (en el mejor de los casos).

VIII. RECAPITULACIÓN: ¿ES CONVENIENTE QUE EXISTA LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE?

De todo lo dicho se deduce con claridad que, en mi opinión, no es conveniente que exista la pena de prisión permanente revisable, pues, aunque resultara compatible con la dignidad humana, con el fin resocializador, previniera algo, etc., todo lo cual es, como mínimo, dudoso, supone un sacrificio demasiado grande de derechos de las personas como para que compensara. No habiendo un balance favorable claro, se debe prescindir de ella. Más crudo: incluso en la duda, se habría de prescindir.

Solo será conveniente para quien crea en la retribución vengativa, más claro: en la venganza, o para quien la utilice políticamente haciendo creer en su eficacia preventiva superior a la de otras penas. Ello no quiere decir que todos los que la defienden crean en la venganza o la utilicen políticamente. Seguro que muchos de sus defensores de buena fe consideran que tiene otras ventajas razonables. Respecto de ellos, simplemente discrepo, con respeto.

IX. ¿“NACIÓ” BIEN LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE EN ESPAÑA?

La introducción de la pena de prisión permanente en el CP español no se produjo de la manera más deseable para una reforma de tal calado. No “nació” bien, por tanto. “Nació” legítimamente, con la mayoría exigida en el Parlamento, pues disponía de la absoluta el Grupo Popular, pero sin el apoyo del resto de grupos parlamentarios. Una medida tan importante requeriría al menos de mayor consenso. Creo, con otros muchos, que fue una creación y una explicación demagógica y más simbólica que otra cosa, que venía a transmitir: “Vamos a acabar con delitos odiosos, gracias a nuestra dureza”. Ya se sabe que, al menos de un tiempo a esta parte, la dureza penal vende popularmente (hasta que le toca a un pariente o allegado o a uno mismo, claro).

Además, la nueva pena contó con serias dudas y severas críticas (algunas como las aquí mencionadas). Su configuración no fue claramente apoyada en el preceptivo informe del Consejo General del Poder Judicial al correspondiente Anteproyecto (inicial) ni en el dictamen del Consejo de Estado (sí en el informe del Consejo Fiscal, que además avala después también su ampliación a otros delitos, con matices).

X. ¿ES POPULISTA LA PREVISIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE Y SE JUSTIFICA EL DEBATE SOBRE ELLA?

Especialmente en la fase previa y en la inmediata a la introducción en el CP de la nueva pena, todo el mundo acusaba al “otro” de populista en la materia. Muchos contrarios a la medida consideraban que su posición significaba progresismo e izquierdismo, cuando la cuestión creo que no es puramente ideológica (entre los firmantes del manifiesto de catedráticos contra la prisión permanente revisable había, sino no desconozco del todo a mis compañeros, personas de muy diferentes ideologías; y, al parecer, muchos votantes o simpatizantes de partidos de izquierda aprueban mantener o incluso endurecer la pena). Algunos de los que tildaron (con razón) de populistas a quienes se amparaban en firmas recogidas en caliente y en encuestas y casi propuestas de referéndum realizan actos continuos de populismo y de

reivindicación de la encuesta participativa y la llamada democracia directa sin cesar y en temas en que resulta tan inadecuada como en este.

Pero, ciertamente, creo que el mayor populismo en la materia viene de los promotores políticos de la medida (no tanto de sus defensores técnicos ni de la gente común, mucha, que la apoya). El uso simbólico de la dureza punitiva, con informaciones, como mínimo sesgadas, apelando a la alarma social ante la inseguridad (alarma creada política y mediáticamente a menudo) es moneda corriente en nuestro país desde hace años y reforma penal tras reforma penal, la haga quien la haga. Con él se ganan votos (como decía, el llamado “populismo punitivo” posee bastante tirón electoral en estos tiempos) y se ocultan deficiencias de otro tipo. Creo que esta ha sido una manifestación, entre otras muchas, pero bastante extrema.

Aprovechando luctuosos sucesos, casi siempre con implicación de menores o jóvenes, muy aireados mediáticamente, se dijo que la prisión permanente los habría podido evitar (¿cómo si hubiera lenidad con esos delitos antes de existir esa pena!) o, al menos, hacer justicia (¿a quién?, ¿qué justicia?, ¿venganza?). Igual que decíamos antes para el “otro sector”, ahora quienes rechazan toda forma de referéndum sobre cuestiones importantes (a menudo con razón) apelan a él o a cosas parecidas, firmas, encuestas. Y el colmo es que nos hagan aparecer a los contrarios a la pena (y, en general, a los defensores de la racionalidad y las garantías penales) como personas a las que no nos importan las víctimas, a las que nos dejan fríos los delitos. Nada más lejos de la realidad.

La legislación penal “en caliente” o “a golpe de telediario” no es recomendable, pero mucho menos es apelar a las víctimas y a sus familiares. A las víctimas y a sus allegados hay que darles apoyo, ampararlas, darles calor y compañía e incluso (y muy importante a menudo) medios materiales de todo tipo. Pero no deben dictar la política criminal de un país, pues comprensiblemente carecen de la racionalidad suficiente. Si mataran, tras violarla a una de mis hijas (como nos deseaban algunos indeseables en las redes a los catedráticos firmantes del ya mentado manifiesto en contra de la prisión permanente revisable), sentiría el deseo de venganza, de que el victimario sufra cuanto más mejor. Pero eso, además de dar a la postre poco consuelo, me inhabilitaría como inspirador de una política criminal sensata, responsable y propia de un Estado democrático de Derecho avanzado. Esa es la historia de la evolución civilizada del Derecho penal: de la venganza privada al enjuiciamiento y castigo experto, razonado, con distancia y con límites.

Los políticos, de uno u otro signo, que gustan de recibir y decir sí a cualquier demanda de víctimas de uno u otro delito, para hacerse fotos, los que a veces los convierten hasta en asesores en materia penal, deberían preocuparse más por una atención a sus necesidades y no jugar con ellas como símbolo. Podría seguir, pero creo que es suficiente.

No quiero terminar este apartado sin llamar la atención sobre el hecho de que muchos de los que en el ámbito político se opusieron, incluso con rotundidad, a la introducción de la pena de prisión permanente revisable, han hecho muy poco por abolirla, por excluirla del CP posteriormente. Digamos que, con unas u otras excusas, unas más verosímiles y otras menos, han dejado de hablar de la cuestión o miran para otro lado. Me temo que eso tiene mucho que ver también con las encuestas (mejor o peor realizadas y orientadas) sobre la opinión de sus militantes y simpatizantes acerca de la nueva pena. Parece que callar para no perder votos es mejor que explicar con el mismo fin o incluso para ganar votantes informados.

XI. ¿OTROS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE?

Se han ofrecido otros argumentos en contra de la prisión permanente revisable que ya no es posible detallar aquí. Baste mencionar por encima los atinentes a la imposibilidad material de permanencia de todos los años en prisión, al envejecimiento de la población penitenciaria (con los consiguientes costes), incluso a la menor seguridad de las prisiones, por tener presos que poco o nada tienen que perder, etc. Diré que en general me parecen menos relevantes que los expuestos y, en algunos casos, incluso con carga demagógica.

XII. ¿QUÉ SE DEBE HACER?

Como consecuencia de todo lo dicho (y de algunas razones más) y como anuncié al principio, creo que se debe abolir o derogar la pena de prisión permanente revisable, sobre la base de argumentos racionales. No se trata de apoyar o descartar *a priori*, sino razonadamente, como se intenta hacer aquí. Por ello deben ser bienvenidos foros como este.

Si no se produjera la derogación, creo que subsidiariamente (para mí, como mal menor) habría que proponer la reforma de la pena, para acortar los plazos de revisión, ofrecer a los penados pautas para que esta resulte positiva, suavizar el acceso a formas de cumplimiento menos rigurosas y a beneficios penitenciarios, etc. Y creo que en esto al menos habría consenso de muchos de los especialistas que no rechazan de plano esta pena.

Y, desde luego, no debería ampliarse el ámbito de delitos conminados con prisión permanente revisable.

Por lo demás, creo que no es esta la única pena de prisión que debe revisarse, sino también otras de duración excesiva y tal vez algunas de muy corta duración. Lo que no apoyo, por razones obvias, es la propuesta de que esas penas de excesiva duración se conviertan en prisión permanente o de indeterminada duración para así poder ser revisadas y, en su caso acortadas. Creo que habría que acortarlas sin más.

Pero se me podrá decir que todo esto está muy bien, pero que subsiste el problema de qué hacer con los delincuentes graves incorregibles (incluso podríamos ampliarlo a los que son inimputables o semiimputables y entrar en el terreno de las medidas de seguridad). Esto nos llevaría muy lejos, pues no es fácil de responder. Si se tratara de inocularlos sin más para preservar a la sociedad de ellos, sería menos cínico y más barato, seguramente, matarlos que encerrarlos de por vida (con revisiones o no). Pero eso sería también, además de inconstitucional y contrario a los principios que rigen el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho, terrible. No es fácil, para empezar, saber qué delincuentes son incorregibles. Pero, además, una sociedad no puramente comunitarista y securitaria, que respete la libertad individual y la dignidad humana, debería aceptar ciertos riesgos. Y, por fin, incluso para los supuestos incorregibles, seguramente caben medidas alternativas que no necesariamente supongan solo un encierro de por vida. Este es un tema que, en todo caso, hay que seguir discutiendo con racionalidad y sin demagogia.

Los fines de la pena y el artículo 25.2 de la Constitución española*

María A. Trapero Barreales

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de León. matrab@unileon.es

Recibido
2 febrero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Fines de la pena;
Prevención especial;
Reinserción social;
Tercer grado;
Libertad condicional;
Permisos ordinarios
de salida;
Tratamiento
penitenciario.

KEYWORDS

Purposes of the
punishment; Special
prevention; Social
reintegration;
Penitentiary third
degree; Parole;
Ordinary exit
permits;
Penitentiary
treatment.

Resumen

El art. 25.2 CE dispone que las penas privativas de libertad estarán orientadas a la reinserción social del sujeto. La política penal y penitenciaria ha de ser diseñada tomando en consideración esta declaración constitucional. Esto significa que el legislador no puede introducir penas que sean incompatibles con la finalidad resocializadora. Además, de manera positiva, se ha de establecer un sistema de cumplimiento de la pena de prisión que sirva a la reinserción social del sujeto. En este comentario se van a mencionar los principales mecanismos encaminados a este objetivo: los facilitadores del contacto con el exterior durante el cumplimiento de la pena –los permisos ordinarios de salida–, de reducción del cumplimiento efectivo de la pena –tercer grado y libertad condicional– y el tratamiento penitenciario.

The aims punishment and article 25.2 of the Spanish Constitution

Abstract

The article 25.2 of Spanish Constitution provides that the custodial punishments will be aimed at the social reintegration of the person. The penal and penitentiary policy must be designed taking into consideration this constitutional declaration. This means that the legislator cannot introduce punishments that are incompatible with the resocialization purpose. In addition, in a positive way, a system of enforcement of imprisonment, that serves the social reintegration of the person, must be established. In this comment, the main mechanisms aimed at this objective will be mentioned: mechanisms that facilitate contact with the outside during the enforcement of the punishment –ordinary exit permits–, mechanisms for reducing the effective enforcement of punishment –penitentiary third degree and parole– and the penitentiary treatment.

* El presente trabajo se ha presentado como ponencia en el Curso de extensión universitaria de la ULe «En defensa de la Constitución», dirigido por la Dra. María Esther Seijas Villadangos y la Dra. María Teresa Mata Sierra; para su publicación se ha completado con referencias bibliográficas. Este trabajo se enmarca en los Proyecto de investigación DER2016-76715-R y PID2019-108567RB-C21 (AEI), así como en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León; en todos los casos el investigador principal y director es el Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo y en el PID2019 es segunda IP la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales.

I. Introducción – II. Los fines de la pena y el art. 25.2 CE – III. La orientación a la reinserción social en la fase de ejecución de la pena de prisión: 1. El sistema penitenciario español: 1.1. Sistema de individualización científica; 1.2. El régimen abierto; 1.3. La libertad condicional; 1.4. Los permisos ordinarios de salida – 2. El tratamiento penitenciario

I. INTRODUCCIÓN

En una exposición relativa a los fines de la pena resulta imprescindible comenzar aludiendo al art. 25.2 CE.

Este precepto dispone lo siguiente: “*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad*”.

Aspectos destacables del primer inciso del art. 25.2 CE:

En primer lugar, se hace referencia a una clase de pena, la privativa de libertad. No hay referencia al resto de penas que actualmente conforman el sistema de penas del CP, las privativas de otros derechos que no son la libertad ambulatoria y las penas patrimoniales¹. En segundo lugar, se cita expresamente a otra de las consecuencias jurídicas del delito, las medidas de seguridad. Y en este caso sin distinción, sean o no privativas de libertad².

¹ Siguiendo la propia regulación prevista en el CP, las penas se pueden clasificar atendiendo a diferentes criterios, el más importante a los efectos de este comentario es el relativo al derecho o bien jurídico que resulta afectado con la pena. Desde esta perspectiva, generalmente se menciona la clasificación que diferencia entre penas privativas de libertad, penas privativas de derechos (diferentes a la libertad ambulatoria) y penas patrimoniales. A veces se menciona una cuarta categoría, intermedia entre la primera y la segunda clase, referida a penas restrictivas de la libertad, al tratarse de penas que limitan la libertad de residencia y de movimientos. Sobre la clasificación de las penas atendiendo a este criterio, véase, más ampliamente, entre otros muchos, GRACIA MARTÍN, “El sistema de penas en el Código Penal español”, en: GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, 79 ss.; CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 4ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 68 ss.; ROCA AGAPITO, “Las penas”, en: ROCA AGAPITO (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 34 s.; RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Sistema de penas, reglas de determinación de la pena y suspensión de la ejecución de la pena*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2017, 30 ss., 40 ss.; GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Madrid, Dykinson, 2018, 54. Las penas privativas de libertad, siguiendo lo dispuesto en el art. 35 CP, son las siguientes: prisión permanente revisable (PPR), prisión, localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

² Es una clasificación que se deduce de la previsión legal del art. 96 CP. Sobre esta clasificación, véase, entre otros muchos, SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el*

En tercer lugar, se alude expresamente a uno de los posibles fines de la pena, en realidad, como se comentará a continuación, no se identifica como finalidad, sino como orientación, que, en el caso de las medidas de seguridad, ha de aclararse que es la principal y casi única finalidad³: la prevención especial, que significa lisa y llanamente que se ha de tratar de evitar que el sujeto vuelva a cometer un hecho delictivo en el futuro.

Y, en último lugar, dentro de la prevención especial, se está haciendo referencia específicamente a la denominada prevención especial positiva, resocializadora o rehabilitadora⁴.

Derecho penal, Valladolid, Lex Nova, 2003, 79 s., 221 ss.; GRACIA MARTÍN, “Las medidas de seguridad y reinserción social”, en: GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, 467 ss.; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2011, 374 ss.; GONZÁLEZ TASCÓN, “Medidas de corrección y seguridad”, en: ROCA AGAPITO (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2017, 129 s.; GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, 2018, 337.

³ Si bien el fin principal de las medidas de seguridad es la prevención especial, de facto también cumplen una finalidad preventivo-general. Véase, más ampliamente, entre otros, ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (traducción y notas de Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 1997, 104; SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 2003, 75 ss.; LEAL MEDINA, *Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del Derecho penal*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2008, 167; RUBIO LARA, *Las medidas de seguridad tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, del Código Penal: perspectivas doctrinales, y jurisprudenciales. Problemas y soluciones*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2011, 36; *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 158 ss.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 10 s.

⁴ En el caso de las penas, el fin de la prevención especial se puede perseguir a través de diferentes medios: la intimidación, la resocialización o rehabilitación social y el aseguramiento e inoquización del sujeto. En el caso de las medidas de seguridad, el fin de prevención especial puede consistir en la resocialización o en el aseguramiento del sujeto. Precisamente, para abarcar este doble objetivo preventivo-especial, en ocasiones el nombre técnico que reciben es el de medidas de corrección y aseguramiento o seguridad. Sobre los fines de prevención especial, en penas y medidas de seguridad, véase, más ampliamente, entre otros muchos, JORGE BARREIRO, “Artículo 96”, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137*, Madrid, Edersa, 2000, 92, 94 s., 99; SANZ MORÁN, *Medidas de corrección y seguridad*, 2003, 71, 73 ss., 79; MARTÍNEZ GUERRA, *Nuevas tendencias policriminales en la función de las medidas de seguridad*, Madrid, Dykinson, 2004, 46, 51; GRACIA MARTÍN, en: GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, 64 s.; 474 ss.; URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad: especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados a anomalía o alteración psíquica*, Granada, Comares, 2009, 18 s., 20 ss.; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª, 2011, 61 ss.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª, 2016, 6, 15 s.; ROCA AGAPITO y GONZÁLEZ TASCÓN, ambos en: ROCA AGAPITO (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2017, 32 s., y 125 respectivamente; GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, 2018, 12 ss., 26 ss.

Centrando la atención en los aspectos destacados centrados en las penas privativas de libertad y, en particular, en la pena de prisión⁵, la lectura del art. 25.2 CE abre varios interrogantes:

⁵ El comentario se va a centrar en la pena de prisión, pues la pena de PPR plantea especialidades y particularidades que, por razones de extensión, no pueden ser objeto de reflexión aquí. Baste señalar que las especialidades comienzan con las dudas sobre su constitucionalidad, entre otras razones, porque puede que no sirva para cumplir con la orientación hacia la reinserción social que se proclama en este art. 25.2 CE (argumento que también es aplicable a las penas de prisión de larga duración -téngase en cuenta que en la actualidad se puede llegar a imponer una pena de prisión superior a 20 años en determinados delitos, y que, por aplicación de las reglas del concurso real, se pueden llegar a cumplir penas de 20, 25, 30 y 40 años de prisión, con la posibilidad de que se trate de un cumplimiento efectivo si resulta aplicable el art. 78 CP). Sobre las dudas de constitucionalidad de la PPR, entre otras razones, por no ajustarse al art. 25.2 CE (dudas que se pueden también extender a las penas de prisión de larga duración, tomando en consideración algunos de los argumentos), véase, ampliamente, entre otros muchos, TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO/RODRÍGUEZ PUERTA/SAPENA GRAU, *Curso de Derecho Penitenciario*, 2ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, 48; ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2010, 315, 317 s.; CUERDA RIEZU, *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Barcelona, Atelier, 2011, *passim*; DAUNIS RODRÍGUEZ, “La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español”, *RDPC* 10 (2013), 65-114; GONZÁLEZ COLLANTES, “¿Sería constitucional la pena de prisión permanente revisable?”, *ReCrim* 9 (2013), 6-23; *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 144 ss.; JUANATEY DORADO, “Una ‘moderna barbarie’: la prisión permanente revisable”, *RGDP* 20 (2013), 1-13; *Manual de Derecho Penitenciario*, 3ª, Madrid, Iustel, 2016, 31; MUÑOZ CONDE, “Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella”, en: FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, 2013, 448-452; “Contra la prisión perpetua”, en: MUÑOZ CONDE (dir.)/DEL CARPIO DELGADO/GALÁN MUÑOZ (coords.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 17-23; RÍOS MARTÍN, *La pena de prisión perpetua en España: razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, San Sebastián, 2013, *passim*; ABEL SOUTO, “Cadena perpetua y delitos contra la comunidad internacional (arts. 605.1, 607 y 607 bis)”; y CARBONELL MATEU, “Prisión permanente revisable I (arts. 33 y 35)”, ambos en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 1357 ss.; y 213 ss., 220 s. respectivamente; CERVELLÓ DONDERIS, *Prisión perpetua y de larga duración: régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, *passim*, especialmente 109-136, 173-275; “Prisión permanente revisable II (art. 36)”, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª, 2015, 225, 226 ss., 240; *Derecho penitenciario*, 4ª, 2016, 139 s.; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, “El nuevo sistema de penas a la luz de las últimas reformas”, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, Dykinson, 2015, 128, 131 ss., 140 ss., 150; TAMARIT SUMALLA, “La prisión permanente revisable”, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma de 2015*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2015, 93 ss.; VIVES ANTÓN, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª, 2015, 33 s., 39; ARROYO ZAPATERO/LASCURAÍN SÁNCHEZ/PÉREZ MANZANO (eds.)/RODRÍGUEZ YAGÜE (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Ediciones Universidad Castilla la Mancha, Cuenca, 2016, *passim* (con un dictamen y contribuciones de LASCURAÍN SÁNCHEZ; PÉREZ MANZANO; ALCÁCER GUIRAO; ARROYO ZAPATERO; DE LEÓN VILLALBA;

La reeducación y la reinserción social, ¿son derechos fundamentales del condenado a pena de prisión? En caso afirmativo, si el sujeto no necesita la reinserción social, o, dicho de otra manera, si el pronóstico de que vuelva a cometer un delito en el futuro es nulo o prácticamente nulo, ¿puede alegar lo dispuesto en el art. 25.2 CE para que la pena no sea ejecutada, llegando al recurso de amparo vía art. 53 CE si su pretensión no se reconoce?

Porque hemos de tener en cuenta la ubicación sistemática del art. 25.2 CE: en el Título I, de los derechos y deberes fundamentales, en el Capítulo segundo, de los derechos y libertades, en la sección primera, de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. De responderse afirmativamente a los interrogantes antes planteados, entonces, a la vista de esta ubicación sistemática, tendría que ser aplicable lo dispuesto en el Capítulo cuarto, de las garantías de las libertades y derechos fundamentales: Arts. 53 y 54 CE. De manera resumida, las consecuencias serían las siguientes:

- Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo vinculan a todos los poderes públicos.
- Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1 a CE (es decir, a través del recurso de constitucionalidad).
- Cualquier ciudadano puede recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y en la sección primera del Capítulo segundo ante los tribunales ordinario a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el TC.

MARTÍNEZ GARAY; QUINTERO OLIVARES; ÁLVAREZ GARCÍA; GARCÍA RIVAS; NIETO MARTÍN; DE LA CUESTA ARZAMENDI; CUERDA RIEZU; ACALE SÁNCHEZ; GARCÍA VALDÉS; VIVES ANTÓN); CÁMARA ARROYO/FERNÁNDEZ BERMEJO, *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, 79-181, 231-239; ROIG TORRES, *La cadena perpetua en el Derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable*, Madrid, Iustel, 2016, 142-208, 170-212; SÁNCHEZ ROBERT, “La constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable en la Unión Europea. Especial referencia a las legislaciones española y alemana”, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *la pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Madrid, Dykinson, 2016, 541-550, 560 ss., 570 ss.; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Madrid, Dykinson, 2016, *passim*; GARCÍA RIVAS, “Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable”, *RGDP* 28 (2017), 1-24, también publicado en: DE LEÓN VILLALBA (dir.)/LÓPEZ LORCA (coord.), *Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 641-665; LÓPEZ LORCA, “La prisión permanente revisable. Naturaleza, ámbito de aplicación y modelo penológico”, en: DE LEÓN VILLALBA (dir.)/LÓPEZ LORCA (coord.), *Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal*, 2017, 567-632, y sobre su constitucionalidad 582 ss., 589 s., 594 ss., 598 s., 630 ss.; RUBIO LARA, *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2017, 49 s., 223 ss.; RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, *passim*; PINTO PALACIOS, *La prisión permanente revisable. Los límites del castigo en un Estado de Derecho*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019, *passim*, y especialmente 191-313; SOLAR CALVO, *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, Madrid, BOE, 2019, 375-390.

Procede dar respuesta a las cuestiones planteadas. La reeducación y reinserción social no son derechos, y fundamentales, de los condenados a pena de prisión⁶. Lo que establece el art. 25.2 CE es un principio constitucional orientador de la política penal y penitenciaria del Estado⁷.

El TC en reiterada jurisprudencia⁸ ha descartado que lo dispuesto en el art. 25.2 CE sea un derecho fundamental que sirva como argumento para no ejecutar la pena de prisión en los casos en los que el sujeto no necesite o ya no necesite ser reinsertado socialmente. Y esta conclusión se refuerza, además, porque, como se va a ver a continuación, la pena no tiene una única finalidad, la prevención especial.

En consecuencia, aunque el sujeto condenado a pena de prisión no necesite la reinserción social, pese a todo deberá cumplir la pena impuesta por la comisión del delito y ello no supondrá una vulneración de lo dispuesto en el art. 25.2 CE. La no ejecución inicialmente acordada de la pena impuesta solo se podrá plantear en el caso de que vengan en las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad previstas actualmente en los arts. 80 a 87 CP⁹.

⁶ La lectura plasmada en el texto no es unánime en la doctrina. En efecto, un sector doctrinal sí considera que el art. 25.2 CE está reconociendo un derecho fundamental a la resocialización social, recurriendo para ello a diferentes argumentos, entre ellos, la ubicación sistemática. Véase, entre otros, MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, Bosch, 1983, 154, 157, 165; TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO/RODRÍGUEZ PUERTA/SAPENA GRAU, *Curso de Derecho Penitenciario*, 2ª, 2005, 47; BUENO ARÚS, “Las reformas de las leyes penitenciarias en España a la luz de los fines del Derecho”, en: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, 154; CUTIÑO RAYA, *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 146 s., 151 ss.

⁷ Rechazan que el art. 25.2 CE suponga el reconocimiento de un derecho fundamental a la reeducación y reinserción social, con diversos argumentos, por todos, REVIRIEGO PICÓN, *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Universitat, 2008, 45 ss.; CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 4ª, 2016, 44; GONZÁLEZ COLLANTES, *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución. Doctrina y jurisprudencia*, 2017, 72 ss., con amplia cita doctrinal.

⁸ Entre otras muchas SSTC 2/1987, de 21 de enero; 19/1988, de 16 de febrero; 28/1988, de 23 de febrero; 209/1993, de 28 de junio; 79/1998, de 1 de abril; 91/2000, de 30 de marzo; 7/2001, de 15 de enero; 44/2012, de 29 de marzo; 114/2012, de 24 de mayo.

⁹ El régimen de sustitutivos penales se completa con lo dispuesto en el art. 71.2 CP, precepto a través del cual se pretende evitar el cumplimiento de penas de prisión inferiores a tres meses resultantes de la aplicación de las reglas generales sobre la determinación de la pena. Este precepto tiene como objetivo evitar el cumplimiento de una pena de prisión de corta duración (actualmente fijada en prisión inferior a tres meses) porque resulta innecesaria y/o ineficaz para lograr los objetivos de prevención especial, desde luego cuando se trata de la prevención especial positiva. Las penas de prisión de corta duración son objeto de diferentes críticas, una de ellas es la acabada de mencionar. Sobre esta y otras críticas, véase, ampliamente, entre otros muchos, CEREZO MIR, “Los fines de la pena en el Código Penal después de las reformas del año 2003”, *RDPC* n° extraordinario 2 (2005), 21; “Los fines de la pena en la Constitución y en el Código Penal, después de las reformas del año 2003”, en: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, 227 s.; BOLDOVA PASAMAR, “Penas privativas de libertad”, en: GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, 103 ss.; CARDENAL MONTRAVETA, “Alternativas a la pena de prisión. Especial consideración de la suspensión de la ejecución y de la sustitución”, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Montevideo-Buenos Aires, BdF, 2006, 19 n. 6, 25; GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, “Suspensión de la ejecución y

Una vez iniciada la ejecución de la pena de prisión impuesta, las necesidades o no de reinserción social serán tenidas en cuenta para establecer el régimen de cumplimiento, de manera más inmediata, estableciendo la clasificación del sujeto en un grado penitenciario que se adecúe a su situación personal.

En todo caso, al margen de esta discusión sobre si el art. 25.2 CE reconoce o no un derecho subjetivo, lo que sí es indiscutible es que este precepto sí cumple con el control de constitucionalidad de las leyes penales en el sentido de que va a ser utilizado para valorar si una determinada norma impide o no de manera radical la posibilidad de resocialización del sujeto, utilizando las palabras del propio TC en STC 160/2012, de 20 de septiembre. La orientación hacia la reeducación y reinserción social, por tanto, ha de ser atendida por el legislador penal en el momento de la formulación legal de una determinada pena para la sanción de determinados hechos delictivos¹⁰.

II. LOS FINES DE LA PENA Y EL ART. 25.2 CE

Como se ha señalado, el art. 25.2 CE dispone que la pena de prisión (en cuanto que pena privativa de libertad) ha de orientarse hacia la reinserción social del sujeto.

De esta previsión surgen nuevos interrogantes: ¿esta es la única orientación, entendida en el sentido de finalidad de la pena de prisión? Y la prevención especial, ¿solo puede ser entendida desde su dimensión o perspectiva positiva?

La CE en realidad no está tomando partido por ninguna de las teorías sobre los fines de la pena que se han planteado desde un punto de vista teórico-jurídico. Como ya se ha mencionado, este precepto constitucional reconoce un principio que ha de orientar la política

sustitución de las penas privativas de libertad”, en: GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, 293 ss.; ROCA AGAPITO, *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, Barcelona, JMB Bosch, 2007, 134 ss.; MORILLAS CUEVA, “Reforma del sistema de penas. Especial consideración a las alternativas a la pena de prisión”, en: BENÍTEZ ORTÚZAR (coord.), *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Madrid, Dykinson, 2008, 54; “Pena de prisión versus alternativas: una difícil convergencia”, *Libertas* 1 (2013), 465 s.; ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, 2010, 98, 317 s.; CID MOLINÉ, “Medios alternativos de solución de conflictos y Derecho Penal”, *AFDUAM* 11 (2011), 158; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª, 2011, 84 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal. Parte general*, 4ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 645 s.

¹⁰ Así lo reconocen, entre otros muchos, TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO/RODRÍGUEZ PUERTA/SAPENA GRAU, *Curso de Derecho Penitenciario*, 2ª, 2005, 48; JUANATEY DORADO, *Manual de Derecho Penitenciario*, 3ª, 2016, 88, quien considera que el art. 25.2 CE constituye un límite para el legislador en el sentido de que no puede establecer penas que sean incompatibles con la finalidad resocializadora; GONZÁLEZ COLLANTES, *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución. Doctrina y jurisprudencia*, 2017, 141 s. Por su parte, ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, 2010, 320, deduce del art. 25.2 CE un límite infranqueable: los otros fines de la pena no pueden sobrepasar el citado en el texto constitucional, no han de contraponerse a la reinserción social, pues esta no es instrumentalizable.

(penal y) penitenciaria del Estado. El propio TC en reiterada jurisprudencia lo ha reconocido de manera expresa: la resocialización no es el único fin de la pena.

Desde un punto de vista teórico se han formulado diferentes posturas doctrinales sobre esta materia, desde las teorías absolutas, que defienden que el fin de la pena ha de ser la retribución (y la forma de entender esta finalidad ha ido cambiando a lo largo de la historia), hasta teorías relativas, que fijan como único fin de la pena la prevención, general (positiva o integradora y negativa o intimidatoria) o especial (intimidatoria, inocuizadora, positiva o resocializadora), pasando por teorías unificadoras, retributivas-preventivas o solo preventivas¹¹. El planteamiento teórico de estas tesis, sobre todo, pero no solo, de las preventivas, ha de hacerse tomando en consideración los límites del *ius puniendi*, en especial, los principios de legalidad, proporcionalidad, eficacia, responsabilidad subjetiva, responsabilidad personal, culpabilidad, humanidad y respeto a la dignidad personal¹².

Estos fines han de ponderarse de manera diferenciada en cada una de las fases de aplicación del DP: en la fase de conminación penal ha de ocupar un papel más relevante la prevención general; en la fase de imposición de la pena se han de tomar en consideración la prevención general y especial (y la retribución, en su caso), mientras que en la fase de cumplimiento o ejecución ha de ocupar un lugar principal la prevención especial¹³.

Es en la fase de ejecución de la pena de prisión, por tanto, donde tiene especial sentido el principio constitucional proclamado en el art. 25.2 CE.

III. LA ORIENTACIÓN A LA REINSERCIÓN SOCIAL EN LA FASE DE EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

Como se ha indicado, el art. 25.2 CE establece que la pena privativa de libertad ha de orientarse a la reeducación y reinserción social del sujeto. No es un derecho subjetivo, es un

¹¹ La bibliografía existente sobre los fines de la pena es abundantísima. Para una exposición general sobre las diferentes teorías mencionadas en el texto, véase, entre otros muchos, ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 81-103; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1999, 41-131; 2ª Montevideo Buenos Aires, BdF, 2016, 21-155; CASTRO MORENO, *El por qué y el para qué de las penas (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, Madrid, Dykinson, 2008, *passim*; FEIJÓO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, Montevideo, Buenos Aires, BdeF, 2014, *passim*; *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Madrid, Iustel, 2014, *passim*; CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 4ª, 2016, 64-67; MATA Y MARTÍN, *Fundamentos del sistema penitenciario*, Madrid, Tecnos, 2016, 67-75; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Madrid, Marcial Pons, 2016, *passim*; CUTIÑO RAYA, *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, 2017, 15-137; 17-29; PEÑARANDA RAMOS/BASO, “La pena: nociones generales”, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de introducción al Derecho penal*, Madrid, BOE, 165-187.

¹² Para la interpretación de los límites del *ius puniendi*, y su fundamento, funcional y político-criminal, véase LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª, 2016, 19-28.

¹³ Se sigue el planteamiento formulado por ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 97 s.

principio constitucional orientador de la política penal y penitenciaria del Estado, atendible ya en la fase legislativa.

Esta orientación está reconocida de manera expresa en la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP): en el art. 1 (ubicado en el Título Preliminar) se declara que las Instituciones penitenciarias reguladas en esta Ley tienen como fin primordial (entre otros fines) la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas privativas de libertad.

A continuación, se van a mencionar los aspectos más sobresalientes del sistema penitenciario español, construido *a priori* para dar cumplimiento al mandato constitucional tantas veces citado.

De manera sintética, la orientación hacia la reinserción social del sujeto condenado a pena de prisión se manifiesta de dos maneras: la primera, a través del diseño de un régimen de cumplimiento de la pena que sea flexible y capaz de adaptarse a los progresos que vaya alcanzando el interno durante el cumplimiento de la pena. Este régimen de cumplimiento incluye mecanismos que permiten reducir los tiempos de cumplimiento efectivo de la pena, condicionados a la evolución adecuada del sujeto, vista esta desde la perspectiva de la prevención especial. Es lo que se ha denominado la trayectoria de reinserción¹⁴, compuesta por los permisos ordinarios de salida, el tercer grado y la libertad condicional. La segunda, arbitrando los mecanismos necesarios para poner a disposición del sujeto los medios y los tratamientos adecuados para alcanzar la reinserción social. Es decir, el tratamiento penitenciario.

Si el cumplimiento o ejecución de la pena de prisión ha de tener una orientación hacia la reinserción social, lograr este objetivo a través de la privación de libertad resulta harto complicado y difícil de lograr, pues se ha de conseguir que el sujeto pueda vivir en sociedad al margen del delito a través de la privación de su libertad y alejado de esa sociedad¹⁵. Solo tomando en consideración esta premisa ya se ha de deducir la necesidad de fomentar mecanismos que, durante el cumplimiento de la pena, permitan el contacto con el exterior y la reducción de los periodos de cumplimiento efectivo de esta.

La expectativa de poder alcanzar alguno de los mecanismos que permiten el contacto con el exterior y la reducción de los tiempos de cumplimiento efectivo de la pena de prisión, a saber, los que aquí van a ser mencionados, los permisos de salida, el tercer grado y la libertad condicional, servirá sin ninguna duda para fomentar que el sujeto trate de cumplir con las condiciones exigidas legalmente para su reconocimiento; por esta vía se va a poder influir en su proceso de socialización, o de reeducación.

Por otro lado, los escasos estudios empíricos llevados a cabo en España demuestran que el índice de reincidencia (tomando el concepto no en sentido jurídico-penal –art. 22.8^a CP– sino como sinónimo de comisión de un nuevo hecho delictivo tras el cumplimiento de una pena

¹⁴ SOLAR CALVO, *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, 2019, 59.

¹⁵ Esta es una de las críticas que se han formulado a la resocialización como fin de la pena en el art. 25.2 CE. Sobre esta y otras críticas, véase, por todos, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5^a, 2011, 173 ss.; CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 4^a, 2016, 42 s.; CUTIÑO RAYA, *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, 2017, 238 ss.

de prisión) es mucho más elevado cuando el sujeto ha cumplido íntegramente la pena de prisión que cuando ha podido ser clasificado en tercer grado o, sobre todo, en libertad condicional¹⁶. Si se toma como referencia legitimadora de la regulación penal y penitenciaria sobre el cumplimiento de la pena de prisión lo dispuesto en el art. 25.2 CE, desde esta perspectiva han de fomentarse los mecanismos facilitadores de la reducción del cumplimiento efectivo de la pena, con repercusión también en el tratamiento penitenciario.

1. El sistema penitenciario español

1.1. Sistema de individualización científica

El modelo penitenciario vigente en España es el sistema de individualización científica¹⁷, tal como dispone el art. 72.1 LOGP: las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados.

En este mismo precepto se distinguen cuatro grados¹⁸, a cada uno de ellos le corresponde un régimen de cumplimiento: primer grado, régimen cerrado, segundo grado, régimen ordinario; tercer grado, régimen abierto; y cuarto y último grado, la libertad condicional. Debe aclararse ya que la libertad condicional, desde la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ya no tiene esta naturaleza, pues según disponen los arts. 90 ss. CP, la libertad condicional ahora es una forma de suspensión de la ejecución del resto de la pena privativa de libertad¹⁹.

¹⁶ Así lo reflejan los estudios que mencionan CID/TÉBAR, “Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo”, *REIC* 8 (2010), 10; y el estudio realizado por CAPDEVILLA CAPDEVILLA (coord.), *Tasa de reincidencia penitenciaria 2014*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2105, *passim*.

¹⁷ Este sistema de individualización científica reconocido expresamente en la legislación penitenciaria ha sufrido varias quiebras a través de varias reformas penales: la primera, con la inclusión del periodo de seguridad en el art. 36 CP y la regulación sobre el cumplimiento íntegro de las penas de prisión en el art. 78 CP, reformados ambos preceptos de manera sucesiva en los años 2003, 2010 y 2015; la segunda, con el cambio de la naturaleza jurídica de la libertad condicional en la reforma de 2015, de cuarto grado de tratamiento penitenciario a una forma de suspensión de ejecución del resto de la pena, y con la introducción de periodos fijos de duración para la clasificación en tercer grado y libertad condicional en la PPR. Véase, más ampliamente, por todos, LEGANÉS GÓMEZ, *La clasificación penitenciaria: nuevo régimen jurídico*, 2ª, Madrid, Dykinson, 2006, 21; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª, 2011, 185; RODRÍGUEZ YAGÜE, “Los derechos y deberes de los internos”, en: DE VICENTE MARTÍNEZ (dir.), *Derecho penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 72 s.; CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 4ª, 2016, 103 s., 229, 230 s.; SOLAR CALVO, *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, 2019, 227 ss., 285, 367 ss.

¹⁸ Y aún más, también se ha incorporado el principio de flexibilidad para evitar la rígida división en grados clasificatorios; a través de este principio se pueden combinar las notas características de los diferentes regímenes del sistema de cumplimiento. Este principio está regulado en el art. 100.2 RP. Véase, más ampliamente, entre otros muchos, CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 4ª, 2016, 223 s.; SOLAR CALVO, *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, 2019, 70 ss.

¹⁹ Este cambio en la naturaleza jurídica de la libertad condicional, de último grado de la clasificación penitenciaria y una forma de suspensión de la ejecución del resto de la pena privativa de libertad,

La clasificación en primer grado o régimen cerrado: comporta una restricción de derechos exacerbada, pues el cumplimiento de la pena se produce en aislamiento en la celda y bajo fuertes medidas de vigilancia y control. Según dispone el art. 10.1 LOGP y art. 102.5 Reglamento Penitenciario (RP), está reservada para los internos calificados de peligrosidad extrema o para los casos de inadaptación a los regímenes ordinario o abierto. También pueden ser clasificados en primer grado los preventivos que se encuentren en las mismas circunstancias antes mencionadas. Su regulación detallada se establece en los arts. 89 a 95 RP²⁰.

La clasificación en segundo grado (art. 102.3 RP) procede para los internos en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad de vivir en semilibertad, por el momento.

La clasificación en tercer grado (art. 102.4 RP) se aplica a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad.

El primer grado o régimen cerrado, por sus características especiales, es evidente que no sirve para dar cumplimiento a la orientación reconocida constitucionalmente. Su aplicación ha de ser excepcional y con una limitación temporal a lo estrictamente necesario; así se dispone en el art. 10.3 segundo párrafo LOGP. Si cumplen con esta orientación el tercer grado y, sobre todo, la libertad condicional, pues el sujeto ya se encuentra en una situación de semilibertad o de libertad plena, controlada y cumpliendo determinadas obligaciones y/o prohibiciones (son las reglas de conducta que aparecen enumeradas en el art. 83 CP), al presentar ya un pronóstico favorable de que se encuentra en condiciones de llevar una vida alejada del delito.

Si el primer grado es excepcional, lo normal es que el interno sea clasificado en segundo o tercer grado. Como se ha comentado, el sistema penitenciario actualmente vigente es el de individualización científica. Esto significa que el sujeto no tiene que pasar necesariamente por todos los grados clasificatorios, o al menos por los grados segundo y tercero para llegar al último, la libertad condicional. Al contrario, tal como establece el art. 72.3 LOGP, el sujeto podrá ser clasificado inicialmente en segundo o incluso en tercer grado.

En el art. 102 RP se describen los criterios a tener en cuenta para la clasificación de los internos en los distintos grados: para determinar la clasificación, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la

es valorado negativamente por la doctrina, pues es un cambio desfavorable para el sujeto. Así lo afirman, entre otros, CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 4ª, 2016, 320 s.; JUANATEY DORADO, *Manual de Derecho Penitenciario*, 3ª, 2016, 151 s.; SOLAR CALVO, *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, 2019, 290 ss.

²⁰ Para más detalles, véase, entre otros muchos, TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO/RODRÍGUEZ PUERTA/SAPENA GRAU, *Curso de Derecho penitenciario*, 2ª, 2005, 105 s.; LEGANÉS GÓMEZ, *La clasificación penitenciaria: nuevo régimen jurídico*, 2ª, 2006, 51 ss.; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª, 2011, 185, 187; CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 4ª, 2016, 224 s., 226 s., 242 ss.; CUTIÑO RAYA, *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, 2017, 172 ss.; SOLAR CALVO, *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, 2019, 91 ss.

duración de las penas, el medio social al que retorne el interno y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

A priori la clasificación del interno en uno u otro grado no depende del delito cometido y/o de la gravedad de la pena impuesta. Tampoco el hecho delictivo cometido va a influir en la clasificación del sujeto en el primer grado de tratamiento penitenciario.

Ahora bien, esto no es completamente cierto, a la vista de lo que establece el art. 102.5 RP: se clasificarán en primer grado a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada. En la decisión se han de ponderar la concurrencia de factores como:

- Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial.
- Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos.
- Pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraídos a la disciplina interna de esas organizaciones o bandas.
- Participación activa en motines, plantes, agresiones físicas, amenazas, coacciones.
- Comisión de infracciones disciplinarias graves o muy graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo.
- Introducción o posesión de armas de fuego en el Establecimiento penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico.

Como se ha comentado, generalmente la clasificación en grados no está condicionada por el delito cometido. Tampoco por la duración de la pena de prisión impuesta. Y, por último, no se condiciona la clasificación en el segundo o, sobre todo, en el tercer grado a que el sujeto haya cumplido una parte proporcional de la pena de prisión impuesta. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 104.3 RP: para que el interno que no tenga extinguida la $\frac{1}{4}$ parte de la condena pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir las variables que han de ser evaluadas según lo dispuesto en el art. 102.2 RP. Se valorará especialmente el historial delictivo y la integración social del penado.

Por tanto, no es necesario que se cumpla un periodo mínimo de la pena de prisión impuesta. La clasificación inicial directamente en tercer grado se hace, una vez realizado el estudio individualizado, atendiendo a si el sujeto está o no en condiciones de vivir en situación de semilibertad.

Pero lo acabado de señalar ha de ser completado con la posible existencia del denominado periodo de seguridad.

El establecimiento del periodo de seguridad es una excepción al régimen general de cumplimiento, pues supone una excepcionalidad en el sistema de individualización científica, ya que el sujeto ha de permanecer en segundo grado o régimen ordinario mientras no cumpla un determinado periodo de tiempo. O, dicho de otra manera, no puede ser clasificado en

tercer grado penitenciario hasta que no haya extinguido el porcentaje establecido legalmente de la pena impuesta (y cumpla las condiciones generales para la clasificación en tercer grado, claro está).

La previsión legal del periodo de seguridad, cuando es de aplicación obligatoria, contradice lo dispuesto en el art. 72.4 LOGP cuando se afirma categóricamente que en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión.

El periodo de seguridad en la actualidad, para la pena de prisión, está previsto en el art. 36.2 CP, que dispone lo siguiente: cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a 5 años, el juez *podrá* ordenar que la clasificación en tercer grado de tratamiento no se efectúe hasta el cumplimiento de la pena mitad de la pena impuesta. Para el caso de que el juez sentenciador haya acordado el periodo de seguridad, el juez de vigilancia penitenciaria puede acordar el régimen general de cumplimiento, es decir, puede suprimir el periodo de seguridad, cuando exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, valorando además las circunstancias personales del sujeto y la evolución del tratamiento reeducador.

El periodo de seguridad sí es obligatorio si la pena de prisión impuesta es superior a 5 años y el sujeto es condenado por alguno de los siguientes delitos:

- referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo,
- delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal,
- delitos del art. 183 (agresiones y abusos sexuales menores de 16 años),
- delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores (prostitución y pornografía infantil) cuando la víctima es menor de 13 años²¹.

En el art. 36.1 CP se regula el periodo mínimo de cumplimiento para los sujetos condenados a prisión permanente revisable (PPR): para la clasificación en tercer grado debe constar previamente pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y no se puede efectuar, como regla general, hasta el cumplimiento de 15 años de prisión efectiva; si el sujeto ha sido condenado por delitos de terrorismo, hasta el cumplimiento de 20 años de prisión efectiva. Estos plazos se amplían si el sujeto es condenado a varias penas, alguna de ellas de

²¹ Este límite de 13 años procede de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, cuando se incluyó el Capítulo II bis (agresiones y abusos sexuales a menores de 13 años) en el Título VIII (delitos contra la libertad e indemnidad sexuales) del Libro II CP. En esta reforma de 2010 se otorgaba una protección penal reforzada de las víctimas menores de 13 años en la regulación de los delitos sexuales, protección reforzada que también tenía reflejo en la regulación del periodo de seguridad del art. 36 CP. Como es sabido, en la reforma introducida por la LO 1/2015 también se han vuelto a reformar los delitos sexuales, en concreto, en lo que aquí interesa, introducen cambios en relación con la edad de las víctimas menores de edad: en el Capítulo II bis se tipifican los delitos de agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años (y este Capítulo está compuesto por varios delitos descritos en los arts. 183, 183 bis y 183 ter CP); y en el Capítulo V se tipifican los delitos de prostitución y pornografía infantil de los menores de edad, con una protección reforzada en el caso de víctimas menores de 16 años. Como se deduce claramente, la regulación del periodo de seguridad del art. 36.2 CP no se ha adaptado a la nueva regulación de los delitos sexuales cometidos con víctimas menores de 16 años, posiblemente es un olvido del legislador, no es una decisión adoptada conscientemente.

PPR y el resto de prisión; en el caso de que resulte aplicable el régimen del concurso real de delitos ha de estarse a lo dispuesto en el art. 78 bis.

El art. 72.5 LOGP establece como condición para poder acceder al tercer grado el cumplimiento de la responsabilidad civil derivada del delito, de la siguiente manera: se tomará en consideración la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del sujeto, a efectos de valorar su capacidad resal, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición. Esta condición se toma en consideración de manera particular si el sujeto es condenado a determinados delitos que aparecen mencionados en este mismo precepto²².

Para la clasificación en tercer grado a los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales se les imponen condiciones adicionales (art. 72.6 LOGP): concretamente han de abandonar los fines y medios terroristas y han de colaborar activamente con las autoridades²³.

1.2. El régimen abierto

El régimen abierto se aplica a los sujetos clasificados en tercer grado penitenciario, por tanto, a los sujetos que están capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Su regulación detallada está prevista en los arts. 80 a 88 RP.

De manera resumida²⁴ se pueden destacar los siguientes aspectos. Los establecimientos de régimen abierto pueden ser de tres tipos: centros abiertos o de inserción social, secciones

²² Son los siguientes: delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas; delitos contra los derechos de los trabajadores; delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; delitos contra la Administración Pública comprendidos en los Capítulos V al IX del Título XIX del Libro II CP.

²³ En el art. 73.6 LOGP se concreta la forma de colaboración activa con las autoridades: para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, o para atenuar los efectos de su delitos, o para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse con la declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el sujeto está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entono y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

²⁴ Para más detalles sobre el régimen abierto, aplicable a los sujetos clasificados en tercer grado, véase, entre otros muchos, TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO/RODRÍGUEZ PUERTA/SAPENA GRAU, *Curso de Derecho penitenciario*, 2ª, 2005, 103 ss.; MATA Y MARTÍN, “Clasificación penitenciaria y régimen abierto”, en: DE VICENTE MARTÍNEZ (dir.), *Derecho penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, 2015, 152 ss.; LEGANÉS GÓMEZ, *La clasificación penitenciaria: nuevo régimen jurídico*, 2ª, 2006, 85 ss.; CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 4ª, 2016, 227 s., 254 ss.; JUANATEY DORADO, *Manual de Derecho*

abiertas y unidades dependientes. El Centro abierto es un establecimiento penitenciario dedicado a internos clasificados en tercer grado; la sección abierta depende administrativamente de un Establecimiento penitenciario polivalente, del que constituye la parte destinada a internos clasificados en tercer grado. Y las unidades dependientes consisten en instalaciones residenciales situadas fuera de los recintos penitenciarios e incorporadas funcionalmente a la Administración penitenciaria, mediante la colaboración de las entidades públicas o privadas previstas en el art. 62 RP, para facilitar el logro de objetivos específicos de tratamiento penitenciario de internos clasificados en tercer grado.

En el art. 83 RP se explicitan los objetivos y principios del régimen abierto: potenciar la capacidad de inserción social positiva del sujeto, realizando las tareas de apoyo y de asesoramiento y la cooperación necesaria par favorecer su incorporación progresiva al medio social. Para lograr este objetivo se han de atender a los siguientes principios: atenuación de las medidas de control; autorresponsabilidad, normalización social e integración, prevención para tratar de evitar la desestructuración familiar y social y coordinación entre organismos e instituciones públicas o privadas que actúen en la atención y reinserción de los sujetos.

En líneas generales los internos en el régimen abierto pernoctan en el establecimiento, y deben permanecer en él un mínimo de 8 horas diarias, pero trabajan fuera o desarrollan actividades laborales, formativas, familiares, de tratamiento o de otro tipo fuera; también disponen de salidas de fin de semana. Si el sujeto acepta voluntariamente el control de su presencia fuera del Centro a través de dispositivos telemáticos, entonces se permite que solo permanezca en el establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas, controles presenciales, pero ya no tiene que pernoctar en el establecimiento.

Como resumen, el régimen abierto es el mejor sistema para garantizar la recuperación social, favorece la salud física y mental del sujeto, mejora la disciplina, facilita las relaciones familiares y posibilita el acceso al trabajo.

1.3. La libertad condicional

Como se ha indicado anteriormente, en el art. 72.1 LOGP es planteada como el último grado de clasificación penitenciaria. En los arts. 90 a 92 CP, reformados en 2015, se regula como una forma sustitutiva de la pena privativa de libertad, en concreto, como suspensión de la ejecución del resto de la pena privativa de libertad.

Dejando al margen los supuestos especiales de concesión de libertad condicional por razones humanitarias (art. 91 CP) y a los condenados a PPR (arts. 78 bis y 92 CP), a la vista de la regulación contenida en el art. 90 CP se pueden diferenciar hasta 4 modalidades de libertad condicional, con condiciones en parte coincidentes, en parte diferentes²⁵.

Penitenciario, 3ª, 2016, 103 ss.; CUTIÑO RAYA, *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, 2017, 184 ss., 194 ss.

²⁵ Sobre la actual regulación de la libertad condicional en los arts. 90 a 92 CP (este último previsto para los condenados a PPR), véase, entre otros, NISTAL BURÓN, “El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. De la teoría penal a la praxis penitenciaria, *RAD* 5 (2015), 219-238; BARBER BURUSCO, “La libertad condicional

La primera modalidad, u ordinaria o general, definida en el art. 90.1 CP, establece las siguientes condiciones para su concesión: en primer lugar, el sujeto ha de encontrarse clasificado en tercer grado; en segundo lugar, ha de haber extinguido las $\frac{3}{4}$ partes de la pena impuesta; en tercer lugar, ha de haber observado buena conducta y, en cuarto y último lugar, el sujeto ha de haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y requisitos que dispone el art. 72.5 y 6 LOGP (el segundo párrafo con requisitos especiales para los condenados por delitos de terrorismo y para los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales).

En el art. 90.2 CP se regula la libertad condicional adelantada; para que esta modalidad se pueda acordar se han de cumplir las siguientes condiciones: en primer lugar, el sujeto ha de encontrarse clasificado en tercer grado; en segundo lugar, que haya extinguido $\frac{2}{3}$ partes de la condena; en tercer lugar, ha de haber observado buena conducta; en cuarto lugar, que durante el cumplimiento de la pena haya desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de las circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa; y, en quinto y último lugar, el sujeto ha de haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y requisitos que dispone el art. 72.5 y 6 LOGP.

También se prevé una libertad condicional hiperadelantada, en el art. 90.2 segundo párrafo CP: en primer lugar, el sujeto ha de estar clasificado en tercer grado penitenciario; en segundo lugar, ha de haber observado buena conducta; en tercer lugar, ha de haber satisfecho las responsabilidades civiles derivadas del delito; en cuarto lugar, una vez cumplida la mitad de la condena, en relación con el cumplimiento de los $\frac{2}{3}$ de la pena, se puede adelantar hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena; y, en último lugar, el sujeto ha de haber desarrollado de manera continuada las actividades laborales, culturales u ocupacionales mencionadas en la libertad condicional adelantada y,

conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ¿instrumento diseñado para prolongar el control penal?, *EPC XXXVI* (2016), 663-710; CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 4ª, 2016, 321 ss.; *Libertad condicional y sistema penitenciario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, *passim*; GARCÍA SAN MARTÍN, *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad*, Madrid, Dykinson, 2016, 139 ss.; JUANATEY DORADO, *Manual de Derecho Penitenciario*, 3ª, 2016, 151 ss.; REBOLLO VARGAS, “Algunos aspectos de la nueva regulación de la libertad condicional: algo más que conjeturas problemáticas”, *RGDP* 26 (2016), 1-38; GONZÁLEZ TASCÓN, “Alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad”, en: ROCA AGAPITO (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2017, 116 ss.; GUIASOLA LERMA, *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico conforme a la Ley Orgánica 1/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, *passim*; GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la repuesta a la infracción penal en España*, 2018, 302 ss.; MENDOZA BUERGO, “Las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de introducción al Derecho penal*, 2019, 242-249; SOLAR CALVO, *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, 2019, 290-362; TÉLLEZ AGUILERA, “Prisión permanente y libertad condicional suspensiva como reformas perturbadoras del sistema penitenciario”, *REP* número extra 3 (2019), 663-710; SALAT PAISAL, “La libertad condicional y la Ley Orgánica 1/2015: cambio de paradigma”, en: BUSTOS RUBIO/ABADÍAS SELMA (dirs.), *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios del Código Penal (2010-2020)*, Barcelona, Bosch, 2020, 197-210.

además, ha de acreditar la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

Desde el año 2015 se ha previsto una modalidad especial de libertad condicional para delincuentes primarios, en el art. 90.3 CP. Los requisitos son: que se encuentre cumpliendo la primera condena de prisión y que esta no supere los 3 años de duración; que haya extinguido la mitad de la condena; que esté clasificado en tercer grado y observe buena conducta; que durante el cumplimiento de la pena haya desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de las circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.

Esta modalidad especial de libertad condicional no puede ser aplicada a los penados por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual (art. 90.3 segundo párrafo CP).

Para las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por delitos de organizaciones y grupos terroristas o delitos de terrorismo hay condiciones especiales para la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y libertad condicional, tal como dispone el art. 90.8 CP. Simplificadamente, el sujeto ha de mostrar signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y ha de colaborar activamente con las autoridades para impedir la producción de otros delitos, para atenuar los efectos de su delito, para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

1.4. Los permisos de salida

El cumplimiento prolongado e ininterrumpido de la pena de prisión en el Centro Penitenciario no es en absoluto facilitador de la resocialización del sujeto. Al contrario, esta forma de cumplimiento puede generar el efecto denominado prisionización, término que se utiliza para expresar el proceso de incorporación y adaptación del sujeto al hábitat y forma de vida propia y específica del entorno penitenciario²⁶.

Por otro lado, si a través del cumplimiento de la pena de prisión se pretende que el sujeto no vuelva a cometer un delito, y es en este sentido como ha de interpretarse el fin de la resocialización²⁷, entonces resulta harto difícil que se logre este objetivo si el sujeto cumple íntegramente la pena impuesta y solo toma contacto con el exterior una vez extinguida esta.

²⁶ Sobre el efecto de la prisionización, también denominada por otros la culturación, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª, 2011, 168 ss.; CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 4ª, 2016, 42 s., 404 s.; RUBIO LARA, *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2017, 225 s.; SOLAR CALVO, *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, 2019, 100 s.

²⁷ Se trata de un concepto mínimo de reinserción social, entendido en el sentido de que el sujeto no vuelva a cometer un delito. Véase, más ampliamente, entre otros, ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, 2010, 323.

Desde luego esta dificultad será patente cuando se trata del cumplimiento de penas de prisión de media y, sobre todo, larga duración.

Los permisos de salida ordinarios²⁸ suponen el primer contacto del sujeto con el exterior del Centro Penitenciario, es el inicio de su readaptación a la vida en sociedad. La expectativa de alcanzar el permiso de salida servirá para consolidar los avances que se hayan logrado en el tratamiento que se pueda estar desarrollando; por otro lado, el contacto con el exterior permite que el sujeto retome los vínculos familiares, sociales y culturales, lo que también ha de repercutir en su proceso resocializador²⁹.

Los permisos ordinarios de salida están regulados en el art. 47.2 LOGP y su desarrollo reglamentario se prevé en los arts. 154 ss. RP³⁰.

El art. 47.2 LOGP dispone lo siguiente para los permisos ordinarios: se podrán conceder permisos de salida hasta de 7 días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de 36 o 48 días por año a los condenados de segundo y tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la ¼ parte de la condena y no observen mala conducta.

Para su otorgamiento, además del requisito de que el sujeto no haya observado mala conducta, se pide un mínimo de cumplimiento de la pena impuesta: ¼ de la condena.

La duración máxima por año también depende de la clasificación en segundo o tercer grado: en segundo grado se pueden conceder permisos de salida hasta un total de 36 días. En los clasificados de tercer grado se pueden conceder permisos de salida hasta un total de 48 días.

La regulación más detallada de los permisos de salida aparece en los arts. 154 ss. RP. Por ejemplo, en este cómputo máximo no se cuentan las salidas de fin de semana propias del régimen abierto; tampoco se cuentan las salidas programadas reguladas en el art. 114 RP

²⁸ La otra modalidad de permisos de salida regulados en la legislación penitenciaria, los permisos extraordinarios de salida, tienen una justificación familiar y humanitaria; su objetivo principal, por tanto, no es contrarrestar la prisionización y/o preparar al sujeto de manera paulatina para su vida en libertad. Esta clase de permiso es la única que va a ser reconocida a los sujetos clasificados en primer grado o régimen cerrado, tal como dispone el art. 155.3 RP.

²⁹ Véase, más ampliamente, CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 4ª, 2016, 305 s.; SOLAR CALVO, *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, 2019, 101 s.

³⁰ Para más detalles sobre la regulación de los permisos ordinarios de salida, entre otros, TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO/RODRÍGUEZ PUERTA/SAPENA GRAU, *Curso de Derecho penitenciario*, 2ª, 2005, 164 ss.; VEGA ALOCÉN, *Los permisos ordinarios de salida*, Granada, Comares, 2005, *passim*, en especial 49-240; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª, 2011, 204; DE VICENTE MARTÍNEZ, “Relaciones del interno con el mundo exterior”, en: DE VICENTE MARTÍNEZ (dir.), *Derecho penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, 2015, 250; CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 4ª, 2016, 306 ss.; JUANATEY DORADO, *Manual de Derecho Penitenciario*, 3ª, 2016, 186 ss.; SOLAR CALVO, *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, 2019, 103 ss.

(para la realización de actividades específicas de tratamiento, su duración como regla general será no superior a 2 días); tampoco se cuentan los permisos extraordinarios.

El RP establece otros requisitos, deducidos de los factores o causas de denegación de los permisos de salida: art. 156.1 RP dispone lo siguiente: El informe preceptivo del equipo técnico será desfavorable a la concesión del permiso cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.

Algunos motivos por los que se deniegan los permisos de salida ordinarios:

- La larga condena o lejanía para el cumplimiento de la condena.
- La drogadicción y la reincidencia del interno.
- La gravedad y la repercusión social del hecho delictivo.
- La ausencia de vinculación sociofamiliar significativa.
- La no aceptación del tratamiento penitenciario propuesto por el Centro Penitenciario.

Para los sujetos condenados a PPR el tiempo mínimo de cumplimiento para la posibilidad de obtener un permiso de salida es de 8 años, como regla general, 12 años para los sujetos condenados por un delito de terrorismo (art. 36.1 CP). Estos plazos se amplían cuando el sujeto ha cometido varios delitos y alguno de ellos está castigado con PPR (art. 78 bis CP).

2. El tratamiento penitenciario

Como se ha señalado en otro lugar, el art. 1 LOGP dispone que las Instituciones penitenciarias tiene como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas privativas de libertad.

Para alcanzar esta finalidad en los arts. 59 a 71 LOGP se regula el tratamiento penitenciario (y su desarrollo reglamentario en los arts. 110 a 153 RP). Su definición aparece en el art. 59.1 LOGP como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. En el párrafo segundo se añade que el tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal y de subvenir a sus necesidades. Para lograr este objetivo se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general.

Los principios en los que se inspira el tratamiento penitenciario son los siguientes (art. 62 LOGP): en primer lugar, está basado en un estudio científico de la personalidad del sujeto; en segundo lugar, ha de ser individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos medicobiológicos, psiquiátricos, pedagógicos y sociales en relación a la personalidad del sujeto; en tercer lugar, es complejo, al integrarse los distintos métodos antes citados; en cuarto lugar, es programado; y, finalmente, ha de tener carácter continuo y dinámico.

La regulación del tratamiento penitenciario se detalla en los arts. 110 a 153 RP. En este desarrollo reglamentario se ha mitigado el planteamiento clínico del tratamiento penitenciario previsto en la LOGP, evolucionando hacia una concepción más social; así se ha destacado doctrinalmente, reconociendo que en la realidad penitenciaria el tratamiento resocializador se lleva a cabo sobre todo a través de la formación educativa y cultural, la formación cultural y deportiva y el trabajo.

Así, en el art. 110 RP se describen los elementos del tratamiento penitenciario de la siguiente manera: diseño de programas formativos orientados a desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales, compensar sus carencias; utilización de programas y técnicas de carácter psicosocial que vayan orientadas a mejorar las capacidades de los internos y a abordar las problemáticas específicas que puedan haber influido en su comportamiento delictivo; y potenciación y facilitación de los contactos con el exterior. El Capítulo II, arts. 113 a 116 RP, se ocupa de los programas de tratamiento, incluyendo las actividades de tratamiento (art. 113), las salidas programadas (art. 114), los grupos en comunidad terapéutica (art. 115), los programas de actuación especializada (art. 116) y las medidas regimentales para la ejecución de programas especializados para los sujetos clasificados en segundo grado (art. 117). El Capítulo III (arts. 118 a 131) se dedica a la formación, la cultura y el deporte. Y los Capítulos IV (arts. 132 y 133) y V (art. 153) se dedican a la relación laboral especial penitenciaria y a los trabajos ocupacionales no productivos respectivamente³¹.

En todo caso, en aplicación y desarrollo del tratamiento penitenciario se han de respetar los derechos fundamentales del sujeto que no se hayan visto afectados por la condena. Esto significa que, en primer lugar, el tratamiento penitenciario ha de ser voluntario y, en segundo lugar, se ha de respetar los derechos fundamentales, en particular su dignidad y su autonomía, por esta razón se prohíben tratamientos que vulneran tales derechos, como por ejemplo, la castración biológica.

En la página web de Instituciones Penitenciarias³² se ofrece información sobre los siguientes programas específicos de intervención: agresores sexuales; alcoholismo; personas con discapacidad; drogodependencia; enfermos mentales; jóvenes; juego patológico; madres; módulos de respeto; módulos terapéuticos; mujeres; personas extranjeras; preparación de permisos de salida; prevención de suicidios, programa de intervención en conductas violentas (PICOVI); programa de régimen cerrado; resolución dialogada de conflictos; tabaquismo; terapia asistida con animales; violencia de género.

³¹ Para más detalles, véase, entre otros, TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO/RODRÍGUEZ PUERTA/SAPENA GRAU, *Curso de Derecho penitenciario*, 2ª, 2005, 253 ss.; MONTERO HERNANZ, “El tratamiento penitenciario”, en: DE VICENTE MARTÍNEZ (dir.), *Derecho penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, 2015, 179 ss.; CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 4ª, 2016, 261 ss.; JUANATEY DORADO, *Manual de Derecho Penitenciario*, 3ª, 2016, 131 ss.; CUTIÑO RAYA, *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, 2017, 212 ss. Sobre los diferentes programas de tratamiento existentes en la actualidad, véase, entre otros muchos, NICOLÁS GUARDIOLA/GINER ALEGRÍA/NICOLÁS GARCÍA, *Manual prevención y tratamiento penitenciario*, Murcia, Diego Marín, 2016-166-326; NEGREDO LÓPEZ/PÉREZ RAMÍREZ, *Intervención y tratamiento de delincuentes en prisión y medidas alternativas*, Madrid, Síntesis, 2019, 119 al final.

³² <https://www.institucionpenitenciaria.es/es/web/home/reeducacion-y-reinsercion-social>.

La discriminación por indiferenciación y su incidencia en el ámbito tributario

María Teresa Mata Sierra

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de León. mtmats@unileon.es

Recibido
5 enero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Principio constitucional de igualdad; Igualdad tributaria; Discriminación por indiferenciación; Jurisprudencia constitucional.

KEYWORDS

Constitutional principle of equality; Tax equality; Discrimination due to undifferentiation; Constitutional jurisprudence.

Resumen

Para alcanzar un sistema de justicia redistributiva lo suficientemente igualitario, tal y como impone el artículo 31.1 de la Constitución de 1978, en relación con el artículo 14 de la misma norma impone además de tratar igual a los iguales, tratar desigual a quienes están en posiciones distintas. Para ello el Tribunal Constitucional debe completar el contenido que da al control del cumplimiento del principio de igualdad, ampliando la interpretación que tradicionalmente ja venido haciendo del mismo para acoger no solo el trato igual a lo igual sino adentrarse también en las discriminaciones por indiferenciación en particular, en lo que afecta al ámbito tributario.

Discrimination by indifferenciation and its impact in the field of taxation

Abstract

In order to achieve a sufficiently egalitarian redistributive justice system, as imposed by article 31.1 of the 1978 Constitution, in relation to article 14 of the same norm it imposes in addition to treating equals equally, treating unequally those who are in positions. For this, the Constitutional Court must complete the content that it gives to the control of compliance with the principle of equality, broadening the interpretation that it has traditionally been making of it to accept not only equal treatment but also enter into discrimination due to undifferentiation in particular, as it affects the tax field.

I. Introducción – II. La doctrina constitucional respecto a la distinción de supuestos desiguales – III. Discriminación por indiferenciación en el ámbito tributario – IV. Reflexión final – Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista estricto, el principio constitucional de igualdad que se regula en el artículo 14 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) obliga solamente a tratar

igualmente lo igual¹; no obstante, trascendiendo esta interpretación concisa, el objetivo constitucional de conseguir la verdadera igualdad en los términos en los que viene enunciada en el artículo 9.2 de la CE que demanda de los poderes públicos que promuevan la consecución de la igualdad real y efectiva², exige, necesariamente, tratar desigual lo que es diferente, dando contenido a un concepto de igualdad antidiscriminatorio³.

Abundando en esta idea, RUBIO LLORENTE ha insistido en que el propio legislador diferencie lo desigual estableciendo “una adecuada proporcionalidad entre las diferencias que la norma reconoce y las consecuencias jurídicas que a ellas han de anudarse”⁴ en el reconocimiento de que “la falta de diferenciación en los efectos jurídicos ante dos situaciones suficientemente desiguales es una forma de trasgresión del principio de igualdad”⁵. En definitiva, de lo que estamos hablando aquí es de la necesidad de que las situaciones o actividades sustancialmente diversas se traten de forma distinta por el legislador, en lo que acertadamente ha definido Calvo Ortega como, más que el principio de igualdad, “una desigualdad justa”.

Concluyendo este primer acercamiento a la cuestión cabe decir que para alcanzar un sistema de justicia redistributiva lo suficientemente igualitario⁶, además de tratar igual a los iguales, resulta indispensable tratar desigual a los desigualmente situados, en cuanto que la verdadera igualdad no cabe entenderla sin la existencia de diferencias. El principio de igualdad se comporta como una suerte de control, un criterio que mide el grado de desigualdad jurídicamente admisible. En otras palabras, igualdad es razonabilidad de la diferencia jurídica de trato⁷.

¹ “Y no tanto a tratar igualmente lo igual como desigualmente lo desigual” (Cfr. RUIZ MIGUEL, A.: “Concepto y concepciones de la igualdad”, *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo I, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2002, pág. 691). Sobre la igualdad jurídica puede verse también JIMÉNEZ CAMPO, J.: “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, págs. 71 y ss.

² Así el artículo 9.2 de la Constitución establece, de forma literal, que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

³ En tal sentido puede verse REY MARTÍNEZ, F.: “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 100, septiembre-diciembre 2017, págs. 125 y ss.

⁴ Vid. RUBIO LLORENTE, F.: “Igualdad en la aplicación de la ley”, *El principio de igualdad*, Ed. Dickinson, 2000, pág. 48.

⁵ Cfr. CALVO ORTEGA, R.: “Las actividades de colaboración de los privados con la Administración tributaria: en torno a un nuevo ordenamiento”, *Discurso leído el día 12 de junio de 2006 en su recepción pública como académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2006, pág. 161, nota 178.

⁶ Decía ARISTÓTELES que “parece que la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales” (*Política*, Libro II, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1985, 1280).

⁷ REY MARTÍNEZ, F.: “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, cit., pág. 129.

En esta línea, pretendemos con las consideraciones que siguen, allanar el camino para que el Tribunal Constitucional complemente el contenido que da al principio de igualdad, ampliando la interpretación que tradicionalmente viene haciendo del mismo para acoger no solo el trato igual a lo igual sino también el trato desigual a lo desigual, en particular, en lo que afecta al ámbito tributario.

II. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA DISTINCIÓN DE SUPUESTOS DESIGUALES

Viene siendo doctrina constante del Tribunal Constitucional considerar que la igualdad, consagrada en el artículo 14 de la CE, enuncia un derecho de igualdad jurídica como ausencia de discriminaciones injustificadas que deben estar prohibidas en las normas jurídicas. A tal respecto, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1986, de 21 de enero⁸ sostuvo que, en conexión directa con aquel valor superior y central que reconoce el artículo 1.1 de la CE, el artículo 14 *“establece el principio de igualdad jurídica o igualdad de los españoles ante la ley, que constituye, por imperativo constitucional, un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, esto es, a no ser tratada jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en su misma situación, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato”*⁹.

Sin embargo, nuestro mas alto Tribunal también ha manifestado claramente en numerosos pronunciamientos que el precepto constitucional mencionado no ampara ni la falta de distinción entre supuestos desiguales –esto es, no ampara el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato¹⁰– ni consagra un derecho a la desigualdad de trato¹¹; tampoco sirve para justificar la falta de distinción entre supuestos desiguales¹².

⁸ Puede verse en la base de datos de jurisprudencia del propio Tribunal en concreto ECLI:ES:TC:1986:8, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/571>

⁹ En la misma línea en la Sentencia 7/1982, de 26 de febrero de 1982 señala que *“el referido principio de igualdad, como ha sido dicho por este Tribunal (...), vincula a todos los poderes públicos porque así lo afirma taxativamente el artículo 53 núm. 1 de la Constitución, en relación a los derechos y libertades contenidos en el capítulo II de su título I que comprende el artículo 14. En efecto, el referido artículo 14 de la Constitución es el relativo al derecho de igualdad jurídica que prohíbe la discriminación o, dicho de otro modo, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable (...) pues no se puede tratar desigualmente supuestos de hecho que tienen un contenido semejante y poseen un marco jurídico equiparable”* en ECLI:ES:TC:1982:7, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/49>

¹⁰ Entre otras pueden verse las Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1987, de 7 de mayo de 1987, ECLI:ES:TC:1987:52, en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/784> STC 136/1987 de 22 de julio de 1987, ECLI:ES:TC:1987:136 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/868> y STC 48/1989 de 21 de febrero de 1989. ECLI:ES:TC:1989:48, en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1254>, entre otras.

¹¹ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1995, de 6 de julio de 1995, ECLI:ES:TC:1995:114 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2968>

¹² Para RUIZ MIGUEL la asimetría entre el trato de lo igual y lo desigual se ve perfectamente reflejada al aplicar de forma positiva, activa o directa el principio de igualdad. De tal forma, mientras que una impugnación ante un Tribunal por vulnerar dicho principio puede ser admitida o rechazada, la impugnación de una norma que da un trato igual a lo que debería tratarse de forma

Por lo tanto, si bien no parece plantear problemas, cumplidos ciertos requisitos¹³, aceptar que una regulación pueda resultar discriminatoria por establecer una determinada diferencia de régimen para algunos sujetos, no se admite por el contrario que pueda resultar discriminatorio no diferenciar situaciones distintas. Como afirma COBREROS MENDAZONA “no genera duda alguna que tratar desigualmente lo igual supone una discriminación inadmisibles, pero no sucede lo mismo con el trato igual de lo distinto”¹⁴.

A este respecto, la doctrina constitucional que nos interesa aquí resaltar ha mantenido, de forma reiterada, que no existe “ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual”,¹⁵ en cuanto que el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la CE “no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación”¹⁶ de tal modo que la norma en sí misma o su aplicación salvaguarde su derecho a la desigualdad¹⁷. La determinación de en qué casos procede aplicar un trato jurídico diferente y favorable a determinados colectivos corresponde exclusivamente al legislador¹⁸ sin que en defecto de que exista una regulación diferenciadora quepa “pretender un trato desigual, bajo la invocación del art. 14 CE”¹⁹.

Y es que el Tribunal Constitucional ha rechazado radicalmente, en todas las ocasiones en las que se le ha presentado la oportunidad²⁰, que el artículo 14 de la Constitución pueda abarcar

desigual no tendría cabida desde el principio de igualdad ante la ley. (Cfr. RUIZ MIGUEL, A.: “Concepto y concepciones de la igualdad”, ídem, pág. 692).

- ¹³ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional exige, para apreciar la vulneración de la igualdad en la aplicación judicial de la ley los siguientes requisitos que pueden verse, por todas, en su Sentencia 11/2013, de 28 de enero: ECLI:ES:TC:2013:11 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23257>
- ¹⁴ COBREROS MENDAZONA, E.: “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, septiembre-diciembre, 2007, pág. 7.
- ¹⁵ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 16/1994, de 20 de enero de 1994. ECLI:ES:TC:1994:16 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2533>
- ¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 164/1995, de 13 de noviembre de 1995. ECLI:ES:TC:1995:164, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3018>
En el mismo sentido en su Sentencia 86/1985, de 10 de julio de 1985, concluye que el artículo 14 de la Constitución no reconoce un “derecho a la singularización normativa”. Es decir, del artículo 14 no cabe derivar un derecho subjetivo jurisdiccionalmente protegido a recibir un trato diferente y favorable en determinadas circunstancias, del mismo modo que sí existe un derecho subjetivo a no ser discriminado fundado en dicho precepto (Cfr. ECLI:ES:TC:1985:86 en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/466>).
- ¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 88/2001, de 2 de abril de 2001 (Cfr. ECLI:ES:TC:2001:88 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4384>
- ¹⁸ Tal y como señala expresamente la STC núm. 34/1981, de 10 de noviembre ECLI:ES:TC:1981:34 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/34> y también puede verse Cfr. CARMONA CUENCA, E.: “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios políticos*, núm. 84, 1994, pág. 280.
- ¹⁹ Cfr. STC 117/2006, de 24 de abril, ECLI:ES:TC:2006:117 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5719>
- ²⁰ Excepcionalmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la resolución del caso Thlimmenos contra Grecia, de 6 de abril de 2001, si aprecia una discriminación por indiferenciación analizada por COBREROS MENDAZONA, E.: “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, ob., cit., págs.79 y ss.

la defensa de la llamada "discriminación por indiferenciación"²¹ o en palabras de Rey Martínez la "discriminación por igualdad"²² que consiste en dar un trato jurídico idéntico a dos o más situaciones que son diferentes de hecho²³.

No obstante, esta doctrina constitucional ha sido matizada por algún autor en tanto que, en opinión que compartimos, y con independencia de que este criterio debería prevalecer en la práctica de una forma casi absoluta²⁴, quizá convendría no adoptar una posición tan maximalista, pues la realidad puede presentar algún caso cuya resolución exija introducir una cierta flexibilización a este tipo de planteamientos²⁵.

En este sentido, aprecia CALVO ORTEGA²⁶ que una posición no rígida en este punto constituye claramente un acierto en cuanto que evidencia el carácter necesariamente abierto

²¹ Esta expresión se asume por el propio Tribunal Constitucional entre otras, en sus Sentencias 86/1985, de 10 de julio de 1985, ECLI:ES:TC: 1985:86, en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/466>, la STC 19/1988 de 16 de febrero de 1988, ECLI:ES:TC: 1988:19 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/960> y 308/1994, de 21 de noviembre de 1994, ECLI:ES:TC: 1994:308 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/2825>, la STC 117/2006, de 24 de abril, ya citada, o la STC núm. 69/2007, de 16 de abril, ECLI:ES:TC:2007:69 <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6036> entre otras, señalando incluso que esta expresión resulta paradójica en cuanto supone una «desigualdad por un exceso de igualdad» (STC 135/1992, de 4 de octubre, FJ. 9).

No obstante, se trata de un enfoque del principio de igualdad que sí se ha aceptado por la Corte Costituzionale Italiana en su Sentencia 218/1974 y también la Corte Europea que en la Sentencia ya mencionada dictada en el Caso Thlimmenos contra Grecia, de 6 de abril de 2001, también admite la posibilidad de que se produzca la "discriminación por indiferenciación", afirmando que el derecho a la no discriminación "es también transgredido cuando, sin justificación objetiva y razonable, los Estados no aplican un trato diferente a personas cuyas situaciones son sensiblemente diferentes".

²² Cfr. REY MARTÍNEZ, F.: "El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social" *La metamorfosis del Estado y del Estado, Fundamentos*, PRESNO LINERA, M.A (Coord.), núm. 8, 2014, pág. 301.

²³ La doctrina, por su parte, ha mantenido posturas encontradas de forma que en contra de la denominada "discriminación por indiferenciación", se manifiesta BAÑO LEÓN, J.M.: "La igualdad como derecho público subjetivo", *Revista de Administración Pública*, núm. 114, septiembre/ diciembre de 1987, págs. 191-192, mientras que SUAY RINCÓN se muestra partidario de introducir una cierta flexibilización de esta postura. (Cfr. SUAY RINCÓN, J.: "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en el colectivo *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Ed. Cívitas, Madrid, 1991, cit., pág. 868).

²⁴ Y ello porque, como bien señala RUIZ MIGUEL, estrictamente entendido, y nos parezca bien o mal, el principio constitucional de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución "obliga solo a tratar igualmente lo igual y no a tratar tanto igualmente lo igual como desigualmente lo desigual" (Cfr. RUIZ MIGUEL, A.: "Concepto y concepciones de la igualdad", *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo I, cit., pág. 691).

²⁵ Cfr. SUAY RINCÓN, J.: "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", cit. pág. 890.

²⁶ Cfr. CALVO ORTEGA, R.: "Las actividades de colaboración de los privados con la Administración tributaria: en torno a un nuevo ordenamiento", ob., cit., pág. 163, nota 182).

que la doctrina atribuye al principio de igualdad²⁷ que, en este caso concreto, y como ha mantenido acertadamente RUIZ MIGUEL, entroncaría con el principio de justicia que es el que obliga a diferenciar para no producir una discriminación, abogando, con ello, por la ya referida “*desigualdad justa*”²⁸.

Consideramos que esta visión amplia del principio constitucional de igualdad por la que debería comenzar a decantarse nuestro mas alto Tribunal²⁹, que permitiría evitar los supuestos de igualdad injustificada –o indiferenciación ante la desigualdad– que lesionan de forma incuestionable el mandato constitucional³⁰.

De esta forma, deberían aprovecharse algunos planteamientos de nuestro propio Tribunal Constitucional respecto a esta temática en los que, admitiendo que la “*discriminación por indiferenciación*” queda fuera del ámbito del artículo 14 de la Constitución, realiza un recordatorio al legislador advirtiéndole que puede, en el respeto al canon de razonabilidad que le impone este mismo precepto, diferenciar entre supuestos y hasta debe hacerlo, en obediencia a otros preceptos constitucionales, cuando su acción se oriente a la adjudicación de prestaciones a particulares; ello, si bien no es un reconocimiento del derecho a la singularización normativa, puede ser relevante en el examen abstracto de la constitucionalidad de la norma³¹.

Propugna la necesidad de que el principio de igualdad sobre todo en su vertiente de no discriminación haya de ser una cláusula abierta, entre otros, LAPORTA, F.J.: El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, núm. 67, julio 1985. págs. 14 y 15.

A tal respecto defiende LAPORTA que “*el principio de igualdad opera cancelando a través de sus tentáculos normativos los rasgos irrelevantes, pero no cancela los rasgos relevantes. Es más, el principio de igualdad tiene como núcleo el señalar con nitidez la frontera entre la relevancia y la irrelevancia de los rasgos, pues precisamente porque prescribe que frente a rasgos irrelevantes no cabe hacer diferenciación en la consecuencia normativa, necesariamente determina que cuando en las condiciones de aplicación de la norma aparezca un rasgo relevante diferenciador, mantener el tratamiento normativo igual, es decir, no diferenciar, sería incorrecto. Podría decirse que tan contrario al principio es proponer diferentes consecuencias normativas para dos supuestos ignorando la presencia de rasgos “relevantes” en uno de ellos*”. (Ídem., pág. 15).

²⁸ RUIZ MIGUEL, A.: “Concepto y concepciones de la igualdad”, *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo I, cit., pág. 692, nota 23.

²⁹ Como acertadamente sostiene CALVO ORTEGA ha contribuido al oscurecimiento de la doctrina constitucional el tratamiento de las situaciones planteadas como supuestos de discriminación ante la ley y no –como debería haber sido– como supuestos de igualdad injustificada en la ley (Cfr. CALVO ORTEGA, R.:” Las actividades de colaboración de los privados con la Administración tributaria: en torno a un nuevo ordenamiento”, ob., cit., pág. 162).

³⁰ Esta inconstitucionalidad se evidencia de forma temprana por LEJEUNE VALCÁRCCEL quien pone de manifiesto que tan contrario a la igualdad sería una norma que llamada a proyectarse sobre situaciones de igualdad, tuviera por efecto romper la igualdad relativa preexistente como aquella otra que llamada a proyectarse sobre una pluralidad de ciudadanos que se encuentran unos respecto a otros en situaciones que no son de igualdad relativa estableciera un trato jurídico paritario que lejos de corregir las situaciones de discriminación vendría a consolidarlas aún mas (LEJEUNE VALCÁRCCEL, E.: “Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria”, *Seis Estudios sobre Derecho Constitucional e Internacional Tributario*, EDERSA, Madrid, 1980, (también publicado en la *Revista de Direito Tributario*, núm. 15/16, 1981, págs. 137-138). La pena es que este planteamiento doctrinal no se haya visto acogido por la jurisprudencia constitucional.

³¹ Cfr. la Sentencia del Tribunal Constitucional 86/1985, de 10 de julio de 1985.ECLI:ES:TC: 1985:86 ya citada.

Por lo tanto, y a la vista de lo anterior, parece abrirse una puerta a que en los casos de indiferencia ante la desigualdad tenga cabida lo que el propio Tribunal denomina “*un examen abstracto de la constitucionalidad de la norma*” que deberá exigir el cumplimiento de la justicia en la actuación del legislador, imponiendo la corrección de este tipo de discriminaciones en aras al cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 9.2 de la Constitución³².

Con ello el Tribunal Constitucional se está refiriendo específicamente al artículo 9.2 de la CE que ofrece un criterio material de justificación desde la adecuación teleológica, elemento basilar del juicio de razonabilidad en los casos de igualdad ante la ley. Asimismo, el mismo Tribunal ha evidenciado en alguna oportunidad³³ la falta de coherencia de dicho planteamiento ante la existencia de un acto del legislativo que otorga un mismo tratamiento a situaciones disímiles³⁴. En cualquier caso, cabría recurrir como vía de solución de esta problemática al mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 de la CE y que, como ya dijimos, promueve la igualdad material³⁵ o igualdad de real y efectiva que, desde luego, exige tratar de forma desigual a los desiguales entre sí³⁶.

³² Consideramos que, como también ha señalado MONTILLA MARTOS, cuando el Tribunal indica que el legislador puede diferenciar entre supuestos y hasta debe hacerlo se está refiriendo específicamente al artículo 9.2 de la Constitución que ofrece un criterio material de justificación desde la adecuación teleológica, elemento basilar del juicio de razonabilidad en los casos de igualdad ante la ley (Cfr. MONTILLA MARTOS, J.A.: “Principio de igualdad y Estado social. La discriminación positiva en la justicia europea y en la justicia constitucional española”, *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*. HERRERA, M.A (Dir.), Servicio ED. Universidad del País Vasco, 1987, pág. 94).

³³ En su Sentencia 194/2000, de 19 de julio de 2000. ECLI:ES:TC: 2000:194 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/2000/194>

³⁴ Ante el tratamiento dispar que establece la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Tasas y Precios Públicos para las diferencias de valor resultantes de las comprobaciones administrativas el Tribunal señalaba que “*no resulta ocioso poner también de manifiesto que estamos ante un acto del legislativo que otorga un mismo tratamiento a situaciones disímiles que tienen una solución distinta con carácter general en nuestro ordenamiento tributario, a saber: hipótesis en las que, al ocultar el precio efectivamente pactado, se ha cometido un ilícito tributario (...); en las que se ha simulado el verdadero negocio (...); o, en fin, en las que ha existido una mera discrepancia respecto del valor del bien o derecho objeto de transmisión(...)*”. Desde luego, añade, “*si la finalidad perseguida es evitar el fraude fiscal, no parece coherente dispensar el mismo trato a quienes, sin ánimo de defraudar a la Hacienda Pública declaran como valor el precio verdadero del negocio jurídico realizado, que a quienes torticeramente ocultan parte del precio cierto de la operación al Fisco incumpliendo de forma insolidaria con su deber constitucional de contribuir a las cargas públicas del Estado (art. 31.1 de la Constitución)*”.

³⁵ Sobre la vigencia de este principio en la Constitución europea puede verse CARMONA CUENCA, E.: “El principio de igualdad material en la Constitución europea” consultado en www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/FCIAECC.pdf

³⁶ Qué duda cabe de que, como señala GIMÉNEZ GLÜCK, si hay un campo en el que la discriminación por indiferenciación se hace especialmente evidente es el de la igualdad material. De hecho, se trata de un problema que trasciende lo jurídico para convertirse en un problema de tipo jurídico, en cuanto que lo que se discute es si el legislador, ante dos situaciones diferentes, está obligado o no a tratar de forma más favorable al desfavorecido, o lo que es igual, si tratar a todos por igual es inconstitucional (Cfr. GIMÉNEZ GLÜCK, D.: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004, págs. 331).

Para terminar estas reflexiones generales nos gustaría añadir que consideramos además que un planteamiento de futuro más aperturista, sin excesos³⁷, para el que parece que se han asentado algunas bases en la doctrina constitucional, evitaría la cicatera visión actual que viene impidiendo que los supuestos en los que se produce el tratamiento indiferenciado de situaciones desiguales, cuando resulte justificado, se pueda recurrir en amparo³⁸. Con ello, se ampliaría el control de constitucional de las infracciones del principio de igualdad en un campo que todavía está por explotar.

III. DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO

Como ya hemos dicho, el Tribunal Constitucional ha venido considerando que el artículo 14 de la CE no ampara “ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual”³⁹ y que, por ello, tampoco “puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación”⁴⁰ de forma que la norma en sí misma o su aplicación salvaguarde su derecho a la desigualdad⁴¹. Dicho de otra forma, el Tribunal Constitucional ha venido rechazando prácticamente de plano la llamada “discriminación por indiferenciación”⁴².

Con independencia de que esta doctrina debería prevalecer en la práctica de una forma casi absoluta⁴³, en algunos casos puede ser necesaria una cierta flexibilización de esta doctrina⁴⁴

³⁷ GIMÉNEZ GLÜCK evidencia las dificultades que puede conllevar una interpretación avanzada del artículo 9.2 de la Constitución considerando que vincula al legislador a otorgar un trato favorable a los desigualmente situados en la vida real, sobre todo en relación a la posible invasión del Tribunal Constitucional en la labor legislativa (Cfr. GIMÉNEZ GLÜCK, D.: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, ob., cit., págs. 333 y 334).

³⁸ Ello no obsta para que queden abiertos el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad por lo que la limitación se reduce al tema de la recurribilidad.

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 16/1994, de 20 de enero de 1994, ya citada.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 164/1995, de 13 de noviembre de 1995, ya citada.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 88/2001, de 2 de abril de 2001 ECLI:ES:TC 2001:88 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4384>

⁴² En concreto el Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que “el principio constitucional de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución reconoce el derecho a no padecer discriminaciones o diferencias carentes de justificación objetiva y razonable, pero no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, esto es, el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato” (Cfr. entre otras, las sentencias ya mencionadas del Tribunal Constitucional 86/1985, de 10 de julio de 1985, 19/1988 de 16 de febrero de 1988 y 308/1994, de 21 de noviembre de 1994). En suma, señala la doctrina reiterada de este Tribunal que es ajena al ámbito de este precepto constitucional la llamada “discriminación por indiferenciación”, por lo que cualquier supuesta quiebra del principio de igualdad que se aduce por este motivo ha venido siendo rechazada.

⁴³ Y ello porque como bien señala RUIZ MIGUEL, estrictamente entendido, y nos parezca bien o mal, el principio constitucional de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución “obliga solo a tratar igualmente lo igual y no a tratar tanto igualmente lo igual como desigualmente lo desigual” (Cfr. RUIZ MIGUEL, A.: “Concepto y concepciones de la igualdad”, *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo I, cit., pág. 691).

⁴⁴ Cfr. SUAY RINCÓN, J.: “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Homenaje a García de Enterría*, E₂ ob., cit., pág. 890.

para evitar que se produzcan situaciones de igualdad injustificada –o indiferenciación ante la desigualdad– que puedan lesionar de forma incuestionable los mandatos constitucionales⁴⁵.

Se ha de dar cabida a “*un examen abstracto de la constitucionalidad de la norma*” que exija el cumplimiento de la justicia en la actuación del legislador, lo que supondrá la corrección por parte del Tribunal Constitucional de discriminaciones de esta naturaleza en aras al cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 9.2 de la Constitución⁴⁶.

En fin, de lo que estamos hablando aquí es de abrir la posibilidad de que el Tribunal Constitucional ejerza su control sobre las infracciones del principio de igualdad no solo cuando se controle la igualdad formal del artículo 14 en los términos señalados, sino, dando un paso más allá, que cuestione cualquier vulneración del principio de igualdad que provenga de un tratamiento indiferenciado de situaciones desiguales. Y todo ello sin olvidar que las leyes tributarias, además de cumplir el principio de igualdad y directamente interrelacionado con él mismo, han de tener en cuenta otros principios como el de generalidad, capacidad económica o el de progresividad, del artículo 31.1. de la CE de idéntica relevancia constitucional; como ha señalado el propio Tribunal Constitucional la igualdad del artículo 31.1 CE “*se fundamenta en el diferente tratamiento que, desde la perspectiva del deber de contribuir, atribuye el legislador a idénticas manifestaciones de riqueza*» lo que «*conecta de manera inescindible la igualdad con los principios de generalidad, capacidad, justicia y progresividad*”⁴⁷.

Y es que en lo que respecta al ámbito tributario, el Tribunal Constitucional ha declarado que el principio de igualdad en materia tributaria impone al legislador el deber de dispensar idéntico tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, prohibiendo toda desigualdad que carezca de justificación objetiva y razonable, o que resulte desproporcionada en relación con dicha finalidad lo que llevará a realizar *juicio de igualdad*⁴⁸, para valorar en cada caso si se produce o no la vulneración de este principio⁴⁹.

⁴⁵ Cfr. LEJEUNE VALCÁRCEL, E.: “Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria”, ob., cit., págs., 137-138.

⁴⁶ En este sentido el profesor CALVO ORTEGA afirma que cabe el juicio de desigualdad ante lo diferente cuando dicha desigualdad haya sido generada por el legislador caso en el procederá el mencionado “*examen abstracto de la constitucionalidad de la ley*” (Cfr. CALVO ORTEGA, R.: “Las actividades de colaboración de los privados con la Administración tributaria: en torno a un nuevo ordenamiento”, ob., cit., pág. 164).

⁴⁷ Sentencia 57/2005, de 19 de abril ECLI:ES:TC: 2005:57 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5317>

⁴⁸ Ante cualquier disparidad de trato cuestionada desde el principio de igualdad tributaria, este juicio implica verificar lo siguiente: -Que los términos de comparación sean homologables o idóneos; -Que exista una finalidad que justifique el establecimiento de la desigualdad de trato; -Que la medida de desigualdad adoptada resulte proporcionada en relación con la finalidad perseguida.; -Además, la doctrina constitucional reciente ha incorporado una nueva condición al *juicio de igualdad* que se ha denominado *criterio de la normalidad*. (Para más abundamiento puede verse mi monografía MATA SIERRA, M.T.: *El principio de igualdad tributaria*, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2009.

⁴⁹ RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: “El juicio constitucional de igualdad tributaria en la experiencia jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 89, mayo-agosto, 2010, págs. 249 y ss.

La llamada discriminación por indiferenciación entendida como “*el pretendido derecho a la desigualdad de trato, porque la ley no distingue entre situaciones desiguales o porque trata de manera igual situaciones que son desiguales*”⁵⁰ que, como vimos, el Tribunal Constitucional ha excluido del ámbito del artículo 14 de la CE, genera en el ámbito tributario alguna duda, en la medida en que entran también en juego otros principios constitucionales tributarios del artículo 31.1 CE así como los criterios de la igualdad material o sustantiva que contiene el artículo 9.2 de la CE). En otras palabras, la consecución de la justicia tributaria puede llegar a exigir una diferenciación en el trato normativo fiscal de situaciones que sean diferentes.

De hecho, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de dilucidar algunos supuestos –no excesivos– en los que se ha planteado la posible existencia de una desigualdad por indiferenciación.

En concreto, en lo que se refiere a la fiscalidad sobre el juego⁵¹ se denuncia la posible vulneración del principio de igualdad por existir una discriminación por indiferenciación que se relaciona con el tratamiento fiscal dispensado por la norma reguladora de la tasa de juego por máquinas recreativas tipo «B» a los casos en que, otorgada la pertinente autorización administrativa, el titular procede a dar de baja las máquinas con anterioridad al día 1 de julio del año de que se trate, supuesto en el que se exige al obligado el pago íntegro de la tasa, frente a aquellos otros casos en que, por otorgarse la autorización con posterioridad al 1 de julio, sólo resulta exigible, por el año en que se obtenga aquélla, el 50% de dicha cuota fija.

Las diferentes consecuencias tributarias en ambos casos se denuncian como una discriminación arbitraria y carente de justificación, que entraña una vulneración del derecho de igualdad, que se concreta en la no extensión del trato fiscal previsto en el último párrafo del artículo 6.2, así como en el último inciso del párrafo segundo del artículo 8.2, del Real Decreto 2.221/1984 a los casos en que las máquinas recreativas son explotadas únicamente durante el primer semestre del año (igualdad en la diversidad o discriminación por indiferenciación).

Ante tal pretensión, el Tribunal Constitucional⁵² sostiene que “*la vulneración del principio de igualdad denunciado por la recurrente se basa, pues, en que, en su criterio, debe darse el mismo tratamiento fiscal a la tasa en los dos supuestos que contempla el artículo 8.2 del citado Reglamento. Es decir, si la baja se produce antes de iniciarse el segundo semestre del año, no hay razón alguna para exigir el pago total de la tasa, de la misma forma y por la misma razón que sólo se exige el 50 por 100 de la misma cuando el alta se produce después del día primero de julio del año en cuestión. Pero en este planteamiento se olvida que la norma aplicada contempla el supuesto del alta como una excepción al régimen general en ella previsto que consiste en una cuota única anual que se satisface fraccionadamente en los*

⁵⁰ Ídem. pág.273.

⁵¹ Auto del Tribunal Constitucional 74/1996, de 24 de marzo de 1994; SSTC 55/1998, de 16 de marzo en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3557>; STC 137/1998, de 29 de junio en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3639> y STC 36/1999, de 22 de marzo en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3639> y más reciente el Auto del Tribunal Constitucional 71/2008, de 26 de febrero de 2008.

⁵² Cfr. Auto del Tribunal Constitucional 74/1996, de 24 de marzo de 1996, ya citado.

dos periodos que se determinan; y este régimen general se aplica con tal carácter «salvo en el caso de máquinas o aparatos autorizados después del día 1 de julio». Pretender atribuir a esta excepción el carácter general que en virtud del principio de igualdad postula el recurrente, significa incorporar a dicho principio una sedicente discriminación por indiferenciación que este Tribunal en reiterada jurisprudencia no ha considerado idónea para basar en ella una vulneración del derecho de igualdad”.

Mucho más explícito es el Tribunal Constitucional⁵³ ante la pretensión de inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad del artículo 38.2 de la Ley 5/1990 por producir un tratamiento tributario indiferenciado para todas las máquinas recreativas del tipo B, pese a que la explotación de éstas genera rendimientos diversos en función de la Comunidad autónoma, el municipio o el local donde se instalen.

En este caso se entiende por el Tribunal que “lo que se está denunciando, en puridad, es una discriminación por indiferenciación, resultante de aplicar una misma cuota única para todas las máquinas de la misma categoría. Y, a este respecto, este Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que el principio constitucional de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución reconoce el derecho a no padecer discriminaciones o diferencias carentes de justificación objetiva y razonable, pero no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, esto es, el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato(...)”.

En suma, se reitera la doctrina coincidente con el caso anterior de que, siendo ajena al ámbito del artículo 14 de la CE la llamada “discriminación por indiferenciación”, cualquier supuesta quiebra del principio de igualdad que se aduce por este motivo debe ser rechazada.

Otro de los supuestos en los que se aborda esta cuestión se entabla mediante el Auto de 16 de abril de 1991, en el que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, entre otras⁵⁴, formula una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 61.2 de la Ley General Tributaria, en cuanto que establecía como intereses de demora en los ingresos realizados fuera de plazo, una cantidad no inferior al 10% de la deuda tributaria por considerar que podía vulnerar los artículos 14 y 31.1 de la Constitución. Dicha vulneración, en lo que nos interesa destacar aquí, se produce, a su juicio, por existir una discriminación entre los contribuyentes porque, una vez que el legislador excluye el carácter sancionador del interés de demora exigible a los ingresos extemporáneos realizados sin requerimiento previo, carece de todo sentido resarcitorio o compensatorio la fijación de un mínimo cuantitativo de la cantidad resultante y, mucho menos, en relación con un porcentaje de la deuda tributaria. Con ello, el precepto cuestionado venía a equiparar injustamente a los contribuyentes que se habían retrasado un solo día en el

⁵³ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1999, de 22 de marzo de 1999, ya citada.

⁵⁴ En concreto se presentan las cuestiones de inconstitucionalidad núm. 947, 1.286 y 1.890 de 1991, 610 y 1.626 de 1992 y 1.123 de 1994 promovidas, la primera, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Valenciano, la segunda el TSJ de Cantabria, la tercera y cuarta por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña y la quinta por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia y la sexta por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

abono de sus deudas tributarias con aquellos cuya demora se había mantenido meses o incluso todo un año, sin que existiera para ello una justificación objetiva y razonable.

Ante tal pretensión, el Tribunal Constitucional⁵⁵, manteniendo la doctrina que había venido defendiendo al respecto, sostiene que *“en cuanto a la supuesta discriminación del contribuyente que se retrasa poco en el pago frente a aquel cuyo retraso tiene mayor duración, debido al establecimiento de un mismo recargo para ambos del 10 por 100 de la deuda tributaria, hay que señalar que este efecto indiferenciador del artículo 61.2 L.G.T., que ciertamente se produce durante un período dilatado de tiempo (hasta que la cuantía de los intereses de demora supere la cifra del 10 por 100 de la deuda tributaria) podrá ser puesto en tela de juicio con arreglo a otros principios constitucionales que más tarde examinaremos, pero carece de consistencia para fundamentar una vulneración del principio de igualdad reconocido en el artículo 14”* (...) en cuanto que *“este Tribunal se ha pronunciado repetidamente en el sentido de que el principio constitucional de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación (Sentencias del Tribunal Constitucional 86/1985, 19/1988, 150/1991, entre otras). El artículo 14 de la Constitución reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, a que el legislador no introduzca entre los ciudadanos diferenciaciones carentes de fundamento razonable, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato (Sentencia 52/1987)”*.

Lo que aquí se denuncia no es una diferenciación normativa carente de justificación razonable sino, precisamente, que el legislador no introduzca una diferenciación en función del factor temporal a la hora de configurar el recargo. Dicha realidad, conforme a la doctrina expuesta no se considera por el Tribunal Constitucional atentatoria contra el principio de igualdad.

Otro posible supuesto en el que se denuncia la existencia de discriminación por indiferenciación en materia tributaria es el del tratamiento del pago de pensiones por alimentos a los hijos acordada de forma judicial en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) que no dan lugar a reducción –en contra de lo que ocurre con otro tipo de pensiones por alimento a otros parientes– tratándose de igual forma a los padres obligados a efectuar dichos pagos y al resto de los padres que, según se pretende, se encuentran en una situación diferente⁵⁶.

En esta oportunidad, el abogado del Estado, a nuestro juicio de forma correcta, afirma que no puede entenderse que el legislador viole el artículo 14 de la CE porque pretenda una aproximación del tratamiento tributario de la renta de los padres que cumplen su deber de alimentar a los hijos menores, lo hagan voluntariamente o por mandato judicial, porque todos cumplen en esencial el mismo deber parental, por lo que no se produce una supuesta discriminación por indiferenciación por el hecho de que se traten de modo igual situaciones que se pretenden diferentes, dado que difícilmente puede negarse la similitud de la situación

⁵⁵ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 164/1995, de 13 de noviembre de 1995 y en el mismo sentido, ECLI:ES:TC:1995:164 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3018> y STC 198/1995, de 21 de diciembre de 1995 ECLI:ES:TC 1995:198, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3052>

⁵⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2005, de 14 de marzo de 2005. ECLI:ES:TC: 2005:57 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5317>

de aquellos padres que cumplen su deber de alimentar a sus hijos sin resolución judicial y la de aquellos que lo hacen mediando decisión judicial.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional también ha tenido ocasión de pronunciarse⁵⁷ al resolver la cuestión de constitucionalidad por vulneración, entre otros, del principio de igualdad, planteada respecto del artículo 36.2 de la Ley 29/1987 del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (en adelante, ISD) que contiene la presunción *iuris et de iure* de que quien presenta la declaración del ISD actúa como mandatario del obligado al pago le autoriza a intervenir en todas las actuaciones relacionadas con la gestión del tributo.

El órgano judicial que presenta la cuestión de constitucionalidad atribuye al precepto cuestionado una “discriminación por indiferenciación”, en la medida en que al asimilarse la relación que pueda existir entre el presentador del documento y el obligado a su pago con la que contractualmente se establece en un mandato representativo voluntario, se están atribuyendo facultades de intervención al mero presentador en las actuaciones de gestión, lo que podría permitirle actuar al margen de la voluntad de los obligados, con indefensión para los mismos.

En definitiva, lo que se plantea es la eventual situación discriminatoria que se produce al establecerse un mismo régimen jurídico tanto para aquéllos que han otorgado voluntariamente una representación y, por tanto, se vinculan con una relación de mandato, cómo para aquellos otros que simplemente le encomiendan a un tercero, ajeno a todo vínculo representativo, la presentación de un documento de autoliquidación del ISD.

En este caso es el propio fiscal quien refuta la existencia de la discriminación por indiferenciación alegada, en cuanto que entiende que el legislador no ha introducido factor discriminatorio alguno por la asimilación del presentador al mandatario desde el momento de que la presunción legal que se establece “se limitaría exclusivamente a advenir y constatar la previa existencia de una relación de mandato representativo que uniría al presentador del documento con el interesado, dado que en la primera comparecencia ante la Administración tributaria la norma reglamentaria «obliga al presentador a designar expresamente a los interesados que son sus mandantes, cuando no todos ellos le han conferido esta representación». Siendo esto así, el precepto cuestionado respeta el principio de igualdad, dado que otorga un trato legislativo semejante a dos situaciones iguales, pues en ambos casos se parte de la constatación de una misma relación voluntaria de representación”.

La resolución de la cuestión de constitucionalidad procediendo a declarar la inconstitucionalidad del artículo 36.2 Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del ISD por contravenir el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución⁵⁸ nos impide conocer la opinión del Tribunal Constitucional al respecto que, probablemente, no hubiera sido muy diferente a la de los casos anteriores.

⁵⁷ Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 111/2006, de 5 de abril de 2006 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5713> y 113/2006, de 5 de abril de 2006 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5715>

⁵⁸ Con lo que no están de acuerdo los Magistrados María Emilia Casas Baamonde y Vicente Conde Martín de Hijas como justifican en el voto particular a la misma.

Pese al contenido de esta insistente doctrina constitucional de la que hemos trasladado algunos ejemplos y que se ciñe a la negación de la inconstitucionalidad del trato igual a lo diferente que, por lo que hemos visto, es la tónica general, algún autor como CALVO ORTEGA⁵⁹, con el que coincidimos plenamente, ha visto en otros pronunciamientos de la doctrina constitucional una posible vía de escape que permite flexibilizar tal postura.

Así, a este respecto, ante un supuesto en el que se denuncia ante el Tribunal Constitucional la existencia de una “*discriminación por indiferenciación*” con motivo de una pretendida parificación en determinadas subvenciones que se conceden a Centros educativos se afirma que “*se ha sostenido en la demanda, en efecto, que en la Sentencia del Tribunal Supremo, al producirse una parificación mayor entre instituciones educativas, respecto de la que establecían inicialmente las Ordenes ministeriales, se habría venido a tratar igual lo que sería, en sí, diferente, quebrando, de este modo, el principio enunciado en el artículo 14 de la Constitución*”⁶⁰.

Añade nuestro Alto Tribunal que “*expuesta en tales términos, tal normativa impeditiva de lo que habría de llamar «discriminación por indiferenciación» no puede situarse en el ámbito del artículo 14 de la Constitución. La igualdad declarada en este precepto, la única amparable en este cauce procesal, es la que impone que, ante situaciones no disímiles, «la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos» (...) y por ello, lo que el artículo 14 de la Constitución impide es la distinción infundada o discriminación*”.

No obstante, y aquí es donde está lo interesante, también afirma que “*el legislador puede, en el respeto al canon de razonabilidad que le impone el artículo 14, diferenciar entre supuestos y hasta debe hacerlo, en obediencia a otros preceptos constitucionales, cuando su acción se orienta a la adjudicación de prestaciones a particulares. Esta última vinculación positiva, sin embargo, es sólo relevante en el examen abstracto de la constitucionalidad de la Ley, porque no existe, antes de ella, un derecho fundamental a la singularización normativa. En la misma medida, la queja planteada en la demanda a partir del principio enunciado en el artículo 14 de la Constitución carece de fundamento en un recurso de amparo*”.

En línea con este pronunciamiento, en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril de Tasas y Precios Públicos, en la que se establecía un tratamiento fiscal para las diferencias de valor resultantes de las comprobaciones administrativas⁶¹, el Tribunal Constitucional asevera que “*no resulta ocioso*

⁵⁹ Cfr. CALVO ORTEGA, R.: “Las actividades de colaboración de los privados con la Administración tributaria: en torno a un nuevo ordenamiento”, ob., cit., pág. 164 y ss.

⁶⁰ Implícita, pero inequívocamente, se viene a afirmar por el Tribunal Supremo que este precepto constitucional encierra no ya sólo una prohibición del trato desigual ante situaciones subjetivas análogas, sino la interdicción de la identidad de régimen jurídico entre sujetos en posiciones fácticas diferentes.

⁶¹ En este supuesto, RODRÍGUEZ BEREIJO señala que, de forma colateral también se alude a la discriminación por indiferenciación en la Sentencia 194/2000, que declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril de Tasas y Precios públicos (que además conecta con el art. 14.7 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) un precepto cuya finalidad era combatir fraude fiscal en los negocios jurídicos de transmisiones de bienes, en los que resulta

poner también de manifiesto que estamos ante un acto del legislativo que otorga un mismo tratamiento a situaciones disímiles que tienen una solución distinta con carácter general en nuestro ordenamiento tributario, a saber: hipótesis en las que, al ocultar el precio efectivamente pactado, se ha cometido un ilícito tributario (...); en las que se ha simulado el verdadero negocio (...); o, en fin, en las que ha existido una mera discrepancia respecto del valor del bien o derecho objeto de transmisión (...). Desde luego, si la finalidad perseguida es evitar el fraude fiscal, no parece coherente dispensar el mismo trato a quienes, sin ánimo de defraudar a la Hacienda Pública declaran como valor el precio verdadero del negocio jurídico realizado, que a quienes torticeramente ocultan parte del precio cierto de la operación al Fisco incumpliendo de forma insolidaria con su deber constitucional de contribuir a las cargas públicas del Estado)”⁶².

Con estas afirmaciones, el Tribunal Constitucional lo que hace es reconocer el llamado “examen abstracto de constitucionalidad de la ley”, al que aludimos con anterioridad, abriendo la posibilidad a que los tratamientos iguales de situaciones desiguales realizadas por el legislador se sometan a control constitucional que, como recuerda el profesor CALVO ORTEGA⁶³ no se limita al recurso de amparo que el propio Tribunal viene reservando para las situaciones de discriminación ante situaciones iguales. El control abstracto de constitucionalidad (recurso de inconstitucionalidad) y la cuestión de constitucionalidad quedan expeditos para utilizarse en estos casos.

Por nuestra parte, solo nos queda insistir en que, como ya hemos defendido en alguna oportunidad⁶⁴, somos partidarios de que este tipo de discriminaciones por indiferenciación también puedan ser objeto del amparo constitucional.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Para concluir estas reflexiones, debemos evidenciar que determinadas situaciones fácticas que han sido denunciadas con brillantez por CALVO ORTEGA, como lo es el hecho de la existencia de un trato indiferenciado injustificado de las situaciones de colaborador y contribuyente no solo en cuanto a las obligación de contribuir sino también en lo que atañe al amplio campo de la aplicación de los tributos⁶⁵, nos hacen volver al inicio de este trabajo y advertir de la necesidad de una doctrina mas flexible en lo que se refiere a la interpretación del principio de igualdad por parte del Tribunal Constitucional que debe dar necesaria cabida a un examen abstracto de la constitucionalidad de aquellas normas que contengan las llamadas discriminaciones por indiferenciación o desigualdades por indiferenciación como

habitual consignar un precio inferior al verdadero (Cfr. RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: *Igualdad tributaria y tutela Constitucional. Un estudio de Jurisprudencia*, Marcial Pons 2011, págs. 102 y 103).

⁶² Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 194/2000, de 19 de julio de 2000, ECLI:ES:TC. 2000:194 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4178>

⁶³ Cfr. CALVO ORTEGA, R.: “Las actividades de colaboración de los privados con la Administración tributaria: en torno a un nuevo ordenamiento”, ob., cit., pág. 166 y 167.

⁶⁴ MATA SIERRA, M.T.: *El principio de igualdad tributaria*, cit., pág. 208.

⁶⁵ Planteamientos vertidos a lo largo del trabajo, ya citado: “Las actividades de colaboración de los privados con la Administración tributaria: en torno a un nuevo ordenamiento”.

exigencia ineludible para el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 9.2 de la Constitución que demanda de los poderes públicos la búsqueda de la igualdad real y efectiva.

En un ámbito como el Derecho tributario en el que el principio de igualdad está indisolublemente ligado a los restantes principios constitucionales recogidos en el artículo 31.1 CE y que imponen a la hora de configurar nuestro sistema tributario “*buscar la riqueza, allí donde la riqueza se encuentra*”⁶⁶ en condiciones de igualdad entre los contribuyentes⁶⁷, nuestro más alto Tribunal está obligado a garantizar que el legislador tributario no sólo grave de forma igual aquellas manifestaciones de capacidad económica que resulten iguales, sino que, dando un paso más allá, debe preocuparse también por que aplique un régimen tributario distinto a aquellas manifestaciones de riqueza que sean diferentes. En otro caso se incumpliría con la exigencia constitucional de justicia tributaria que se vería en entredicho si a la hora de diseñar las normas tributarias el legislador no contempla distinción para aquellos supuestos que sean relevantemente diferentes.

BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles: *Política*, Libro II, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1985, 1280.
- Baño León, J.M.: “La igualdad como derecho público subjetivo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 114, septiembre/ diciembre de 1987.
- Calvo Ortega, R.: “Las actividades de colaboración de los privados con la Administración tributaria: en torno a un nuevo ordenamiento”, *Discurso leído el día 12 de junio de 2006 en su recepción pública como académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2006.
- Carmona Cuenca, E.: “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994.
- Carmona Cuenca, E.: “El principio de igualdad material en la Constitución europea” consultado en www.uc3m.es/uc3m/inst/ MGP/FCIAECC.pdf
- Cobrerros Mendazona, E.: “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, septiembre-diciembre, 2007.
- Giménez Glück, D.: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004.
- Jiménez Campo, J.: “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983.
- Laporta, F.J.: El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, núm. 67, julio 1985.
- Lejeune Valcárcel, E.: “Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria”, *Seis Estudios sobre Derecho Constitucional e Internacional Tributario*, EDERSA, Madrid, 1980.
- Lejeune Valcárcel, E.: “Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria”, *Revista de Direito Tributario*, núm. 15/16, 1981.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27/1981, de 20 de febrero ECLI:ES:TC 1981:27 en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/27>

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2002, de 25 de abril ECLI:ES:TC: 2002:96 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es ES/Resolucion/Show/4632>

- Mata Sierra, M.T.: *El principio de igualdad tributaria*, Ed. Aranzadi-Thomson-Reuters, 2009.
- Montilla Martos, J.A.: “Principio de igualdad y Estado social. La discriminación positiva en la justicia europea y en la justicia constitucional española”, *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*. M.A. Herrera (Dir.), Servicio ED. Universidad del País Vasco, 1987.
- Rey Martínez, F.: “El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social” *La metamorfosis del Estado y del Estado, Fundamentos*, M.A. Presno Linera (Coord.), núm. 8, 2014.
- Rey Martínez, F.: “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 100, septiembre-diciembre 2017.
- Rodríguez Bereijo, A.: “El juicio constitucional de igualdad tributaria en la experiencia jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 89, mayo-agosto, 2010.
- Rodríguez Bereijo, A.: *Igualdad tributaria y tutela Constitucional. Un estudio de Jurisprudencia*, Marcial Pons 2011.
- Rubio Llorente, F.: “Igualdad en la aplicación de la ley”, *El principio de igualdad*, Ed. Dickinson, 2000.
- Ruiz Miguel, A.: “Concepto y concepciones de la igualdad”, *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo I, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2002.
- Suay Rincón, J.: “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en el colectivo *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

Hijos menores de edad en redes sociales: su protección al amparo de los artículos 18 y 39 de la Constitución española

Cristina Llamas Bao

Abogada del ICAL. Profesora Asociada de Derecho Administrativo de la Universidad de León.
cllab@unileon.es

Recibido
29 enero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Redes sociales;
Consentimiento;
Hijos menores de edad; Procesos de familia.

KEYWORDS

Social networks;
Consent; Minor children; Family proceedings.

Resumen

La pandemia mundial ocasionada por la Covid-19 ha supuesto, supone y supondrá, sin lugar dudas, una gran revolución en todos los niveles pero sin duda, el cambio más relevante que hemos experimentado es el social. La tecnología está condicionando nuestra manera de relacionarnos no sólo en el ámbito laboral, sino en nuestra esfera personal, y prueba de ello, es el creciente uso de las redes sociales. Si bien estas redes son un medio que permite transmitir información de manera inmediata, está ocasionando múltiples problemas en nuestra esfera personal y, especialmente, en la familiar. El uso de dispositivos tecnológicos por los hijos menores de edad, unido a la publicación de fotografías y/o videos por parte de los progenitores en las que aparecen estos hijos, es un fiel reflejo de la dependencia tecnológica que estamos viviendo. Ante esta situación, cuanto menos preocupante, el legislador va tomando conciencia de una necesaria protección de estos hijos menores ante los riesgos de internet y, aunque protección digital de los hijos, encuentra su origen en nuestra Constitución, marca el punto de partida de una legislación que, aunque avanza con lentitud, se adapta a las nuevas tecnologías.

Underage children in social networks: their protection under articles 18 and 39 of the Spanish Constitution

Abstract

The global pandemic caused by the Covid-19 has meant, and will undoubtedly mean, a great revolution at all levels, but without a doubt, the most relevant change we have experienced is the social one. Technology is conditioning our way of relating not only in the workplace, but in our personal sphere, and proof of this is the growing use of social networks. While these networks are a means of transmitting information immediately, they are causing multiple problems in our personal sphere and, especially, in the family sphere. The use of technological devices by underage children, together with the publication of photographs and/or videos by the parents in which these children appear,

is a true reflection of the technological dependence that we are living. In the face of this situation, the least worrying, the legislator is becoming aware of the need to protect these minor children from the risks of the Internet and, although digital protection of their children is rooted in our Constitution, it sets the starting point for legislation which, although slow to move forward, is adapted to new technologies.

I. Introducción – II. La protección constitucional de los hijos menores de edad: 1. El vínculo entre la Constitución y la protección de los datos personales de los hijos menores de edad en el mundo digital; 2. El actual panorama normativo en torno a la protección de los hijos menores de edad – III. La “madurez” y el “consentimiento”: conceptos problemáticos en el ámbito de los procesos de familia: 1. La indeterminación de los conceptos “edad” “suficiencia de juicio” y “necesidad”; 2. El consentimiento para la exposición de los hijos menores en redes sociales como tema principal en los procesos de familia – IV. Conclusiones – Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia mundial ocasionada por la Covid-19 ha supuesto, supone y supondrá, sin lugar dudas, una gran revolución en todos los niveles; económico, laboral, sanitario y educativo, etc., pero si hay un cambio que merece especial atención y que hemos experimentado a raíz de esta situación, es el social, o, dicho en otras palabras, cómo nos relacionarnos con los demás. Los confinamientos y las distancias de seguridad, han obstaculizado nuestra manera de comunicarnos y lo que antes de la “Era Covid” veíamos como algo cotidiano, ahora nos lo cuestionamos.

Está claro que las TIC están más cada vez más presente en nuestras vidas, pero la pandemia ha impulsado su uso a “marchas forzadas”: desde la utilización de servicios de videotelefonía para trabajar desde nuestras casas; el incremento de compras online; hasta la creciente demanda de las redes sociales, no sólo para impulsar, por ejemplo, un negocio sino también como medio de comunicación con nuestros familiares y amigos.

Las redes sociales pueden definirse como una plataforma digital a través de la cual, un usuario se crea un perfil, puede comunicarse con mensajes, compartir información, imágenes o vídeos con otros, y permite que estas publicaciones sean accesibles de forma inmediata¹ a todos los usuarios de un grupo.

Sin embargo, este concepto puede desplegar, en mi opinión, una doble vertiente; una positiva y otra negativa: la positiva implicaría la inmediatez en la comunicación y transmisión de

¹ La Real Academia Española define red social de la siguiente forma: “servicio de la sociedad de la información que ofrece a los usuarios una plataforma de comunicación a través de internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de comunidades con base en criterios comunes y permitiendo la comunicación de sus usuarios, de modo que pueden interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o vídeos, permitiendo que estas publicaciones sean accesibles de forma inmediata a todos los usuarios del grupo”.

información a otros usuarios, pero la negativa, sería la exposición o, en algunos casos, la sobreexposición de determinados datos que podrían pertenecer a la esfera de nuestra vida íntima.

El problema se acentúa cuando quienes figuran en las redes sociales son hijos y, especialmente si éstos son menores de edad. Es en este punto cuanto se plantean los siguientes interrogantes: ¿cuál es el amparo jurídico del que disponen los hijos menores de edad en el ámbito digital? ¿Puede un hijo menor de edad decidir si sale en las fotografías o vídeos que sus progenitores “suben” a las redes sociales? ¿Cuál es la problemática actual en los procesos de familia en torno a la exposición de los hijos menores de edad en redes sociales? A continuación, se intentará dar respuesta a cada uno de los interrogantes planteados.

II. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD

1. El vínculo entre la Constitución y la protección de datos personales de los hijos menores de edad en el mundo digital

La Constitución Española (en adelante CE) señala en su artículo 39.3 que *los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*.

Por otro lado, en lo que respecta al honor, intimidad personal y a la propia imagen, el punto primero del artículo 18 de la CE indica que *se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*; apartado que debe ser estudiado conjuntamente con el cuarto, el cual explica que *la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*.

Esta limitación no es más que una previsión del legislador ante la posible amenaza del tratamiento de datos personales por medios informáticos, y dada la ubicación en nuestra Carta Magna, implica por una parte, un derecho fundamental que protege a la persona frente a las TIC y, por otra, se ha calificado como un instituto de garantía de otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad².

² Como bien explica A. TRONCOSO REIGADA el derecho fundamental a la protección de datos es, por una parte, *“un derecho autónomo que protege a la persona (en especial, la propia información personal) frente a las tecnologías de la información, lo que no significa negar que represente también en muchas ocasiones una concretización del derecho a la intimidad en los tratamientos de datos personales, un derecho más específico dentro del más general derecho de privacidad personal; por otra, es un instituto de garantía de otros derechos fundamentales, es especial del derecho a la intimidad, pero no sólo de este derecho”*.

Para este autor, este derecho fundamental a la protección de datos personales no tiene un carácter abstracto o genérico sino que atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en *“el poder jurídico de imponer a terceros la realización o la omisión de determinados comportamientos”*.

Para el autor menciono dentro del contenido de este derecho fundamental, se encontrarían los principios de calidad de los datos, información recogida en los mismos, consentimiento del afectado para su tratamiento y para la cesión, seguridad informática y deber de secreto. También los derechos de acceso, oposición, rectificación y cancelación sobre los datos de carácter personal sometidos a

Al amparo de este apartado cuarto del artículo 18 de la CE, entró en vigor en el año 2018, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, la cual comienza en el Ordinal I de su Preámbulo apuntando expresamente que *nuestra Constitución fue pionera en el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales*, para añadir, a continuación, la plasmación literal del apartado anteriormente citado.

Siguiendo con el Preámbulo de esta Ley, el Ordinal V indica que en su Título X *acomete la tarea de reconocer y garantizar un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución* y que ocupa un lugar relevante *la protección de los menores en Internet*.

Con relación a esta última cuestión, esto es, *la protección de los menores en Internet*, y al tratamiento de los datos personales de estos menores, la Ley hace alusión en varios de sus artículos a este tipo de protección: artículo 3 (*Datos de las personas fallecidas*); el artículo 7 (*Consentimiento de los menores de edad*), artículo 12 (*Disposiciones generales sobre ejercicio de los derechos*); artículo 28 (*Obligaciones generales del responsable y encargado del tratamiento*); artículo 34 (*Designación de un delegado de protección de datos*); artículo 76 (*Sanciones y medidas correctivas*); Artículo 84 (*Protección de los menores en Internet*); artículo 92 (*Protección de datos de los menores en internet*); artículo 96 (*Derecho al testamento digital*); artículo 97 (*Políticas de impulso de los derechos digitales*) y la Disposición adicional decimonovena (*Derecho de los menores ante internet*).

De esta Ley destaco algunos de sus artículos:

En primer lugar, el artículo 7 que lleva por título *Consentimiento de los menores de edad*. El párrafo primero de su apartado primero señala *que el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años, exceptuando los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento*³.

tratamiento (Cfr. TRONCOSO REIGADA A.: *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 64 y ss.).

³ Para M. VILASAU SOLANA la excepción de la segunda parte del artículo 7.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, se refiere al supuesto en que exista “*un acto o negocio jurídico en cuyo contexto se traten datos personales del menor*”, esto es, cuando exista un acto o negocio jurídico más amplio donde se procesen datos personales. Este acto o negocio “*puede ser de tipo patrimonial o no patrimonial (por ejemplo, compraventa, otorgamiento de testamento, contraer matrimonio, reconocimiento de filiación o procedimiento de adopción)*” Explica esta autora que esta segunda parte del artículo 7.1 de la Ley parece tomar como punto de partida el artículo 13 del Reglamento (UE) 2016/679 General de Protección de Datos, el cual establecía lo siguiente: *podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela (...)*. Este precepto, empleaba el término *asistencia*, tal y como indica esta autora, “en relación al consentimiento para tratar los datos”. En cambio, el término *asistencia* del artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, se predica respecto del “negocio principal” que no tiene como objeto tratar los datos. (Cfr. VILASAU SOLANA M.: “El consentimiento general y de menores” en *Tratado de Protección de Datos Tratado de Protección de Datos. Actualizado con la*

A continuación, el párrafo segundo de este artículo apunta que *el tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela.*

El artículo 6 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, introduce la licitud del tratamiento de los datos personales.

Lo primordial para que un tratamiento sea lícito es que los datos personales del interesado sean tratados con su consentimiento explícito o bien sobre alguna otra base legítima establecida conforme a Derecho⁴, ya sea en el Reglamento, otro Derecho de la Unión o bien conforme a la normativa interna de los Estados miembros que tienen la posibilidad de introducir disposiciones más específicas que establezcan de forma precisa requisitos concretos de aplicación del Reglamento⁵.

Asimismo, conviene señalar que el origen de estos límites de edad fijados por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, se encuentra también en el Reglamento Europeo. Concretamente, en el artículo 8, el cual lleva por título *Condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información.*

Según el primer párrafo del artículo 8.1 del Reglamento, el tratamiento de los datos personales de un niño será lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Sin embargo, el párrafo segundo de este mismo precepto, atribuye a los Estados Miembros la capacidad para establecer por ley una edad inferior, siempre que ésta no sea inferior a 13 años. Es este el motivo que da origen a la edad mínima de 14 años previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre⁶.

De la interpretación del artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, puedo extraer lo siguiente: el consentimiento de un menor de edad, con relación al tratamiento de

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (Dir. RALLO LOMBARTE Artemi), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, Formato Digital]).

⁴ El Reglamento General de Protección de Datos entiende por consentimiento del interesado, *toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen* (artículo 4, apartado 11).

⁵ Así lo indica N. MARTOS DÍAZ en su trabajo “Principios (Arts. 6-11 RGPD. Arts. 4-10 LOPDGDD)” en *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2019, pág. 333 y ss. Para esta autora el espíritu que inspira la redacción del artículo 6 del Reglamento viene fundamentado por “*la necesidad de que el titular del dato, el ciudadano, no se vea desprotegido ante eventuales tratamientos que desconoce o que se están realizando de forma ilícita*” idem., pág. 333 y ss.

⁶ Tal y como señala RALLO LOMBARTE Artemi. “Del derecho a la protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales” en *Tratado de Protección de Datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (Dir. RALLO LOMBARTE Artemi). Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, Formato Digital.

sus datos personales, es lícito, si éste alcanza la edad de catorce años, sin necesidad de contar con el del titular de la patria potestad o tutela; mientras que los menores de dicha edad podrán prestar su consentimiento, siempre y cuando conste también el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los de la patria potestad o tutela.

Es decir, el umbral de “madurez” se sitúa a partir de los 14 años de edad. Sin embargo, como estudiaré más adelante, la cuestión de la madurez no ha estado exenta de polémica y, especialmente, en los procesos de familia.

En segundo lugar, el artículo 84 que por rúbrica *Protección de los menores en internet*. Su párrafo primero indica que serán *los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales* quienes procurarán que los menores de edad *hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información* a fin de *garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales*.

Su párrafo segundo señala que *la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*.

Este artículo, a mi juicio, no es baladí, pues no es más que el reflejo de una sociedad tecnológica, en las que menores de edad disponen de dispositivos digitales, cada vez a edades más tempranas, pues un reciente estudio publicado, ha revelado que en el año 2019, el 66% de los menores (niños y niñas de 10 a 15 años) disponían de teléfono móvil, el 89,7% usaron el ordenador y el 92,9% usaron Internet⁷.

⁷ Un interesante estudio publicado por el Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de Información (ONTSI), de abril de 2020, titulado “Indicadores sobre uso de TIC por menores en España”, refleja lo siguiente:

Respecto a la tenencia de móvil, esta se incrementa con la edad, pasando de un 22% de niños y niñas de 10 años con móvil al 93,8% en el caso de los niños de 15 años. Por género, es mayor la proporción de niñas (67,1%) que disponen de móvil que la de niños (65%).

Atendiendo al tamaño del hogar, en aquellos hogares con más individuos la proporción de menores con móvil es menor. Así, el porcentaje de niños que disponen de móviles es del 75,6% en hogares de 2 miembros, descendiendo este porcentaje según se incrementa el tamaño del hogar hasta alcanzar el 59,5% en hogares de 5 o más individuos.

En cuanto al uso del ordenador, este también se incrementa con la edad. El porcentaje de los más pequeños, los de 10 años, es del 79,1%, pasando a 87,3% y 91,2% en los de 11 y 12 años respectivamente, y se estabiliza entorno al 93% en los niños y niñas de 13, 14 y 15 años.

También se incrementa el uso del ordenador por los menores en función de los ingresos en el hogar. Así, en los hogares con rentas más bajas, los que disponen de menos de 900 euros mensuales, el porcentaje de menores que usan el ordenador es del 75,5%. Este porcentaje se incrementa según se avanza en el nivel de ingresos familiares, hasta llegar al 95,6% en los hogares de mayor renta, los de 2.500 o más euros, lo que supone que la distancia respecto a los hogares de menor renta es de 20 puntos porcentuales. Por sexo, las niñas (91,7%) usan más el ordenador que los niños (87,9%).

En lo que respecta al uso de Internet, la edad también explica el mayor uso de Internet por parte de los menores. Mientras que el 98% de los niños y niñas de 15 años acceden a Internet, baja en 2,8 puntos porcentuales los menores de 14 años que lo usan. En el caso de las niñas y niños de 11 a 13

Este precepto no deja de ser una “llamada de atención” a los padres madres, tutores, curadores o representantes legales, pues son ellos quienes, tienen que velar por el uso que de estos dispositivos hagan los menores de edad, pues ellos sí son conscientes de los peligros que derivan de uso⁸.

A pesar de que el párrafo segundo del artículo 84, no indique de manera expresa a quién va dirigido, lo lógico, en mi opinión, es que se vaya también orientado, a los sujetos incluidos en el párrafo primero, esto es, los padres madres, tutores, curadores o representantes legales.

Son estos sujetos quienes tienen que garantizar que no se produzca una intromisión ilegítima de los derechos fundamentales, no sólo por parte de terceros ajenos al menor, sino también, por parte de ellos mismos, a través de la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes.

2. El actual panorama normativo en torno a la protección de los hijos menores de edad

Con relación a la Protección Jurídica del Menor que propugna la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sufrió una considerable reforma a raíz de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, Ley esta última que debe estudiarse de manera conjunta con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

A pesar de que ambas leyes tengan la misma denominación (*modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*), y que introduzcan importantes novedades, no sólo sustantivas sino también procedimentales, la diferencia entre una y otra radica en las materias que regulan.

años este porcentaje se encuentra en el entorno del 92-93%, reduciéndose al 86,7% en el caso de los niños de 10 años. Las niñas (93,1%) usan más internet que los niños (92,7%), si bien la distancia es muy pequeña, de 0,4 puntos porcentuales. Es mayor la proporción de menores que acceden a Internet en hogares de rentas altas o medias-altas que los que viven en hogares de rentas bajas. Así, hay 7,5 puntos porcentuales entre el colectivo de niños que viven en hogares de rentas bajas, de menos de 900 euros mensuales, y quienes que viven en hogares de rentas media-alta (de 1.600 a menos de 2.500 euros mensuales). En lo que respecta al lugar de acceso a Internet, el 96,8% acceden desde su vivienda, mientras que el 74% acceden desde su centro de estudios. En menor proporción se encuentran quienes lo hacen desde la casa de un vecino, amigo o familiar (58,6%) o desde centros públicos (34%). El 8,9% accede desde cibercafés o similares. Fuente obtenida de <https://www.ontsi.red.es/dossier-de-indicadores-pdf/Dossier-de-indicadores-sobre-uso-de-TIC-por-menores-en-Espana-%28abril>. (Consultada el día 24 de enero de 2021).

⁸ De acuerdo con lo que dispone M. BARRIO ANDRÉS el artículo 84 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, crea una obligación específica dentro los deberes que el Código Civil establece dentro de las relaciones paterno-filiales y que se regula en los artículos 154 y siguientes. (Cfr. BARRIO ANDRÉS, M.: “Garantía de los derechos digitales en la LOPDGDD (Título X)” en *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGDP y la LOPDGDD*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2019, pág. 236).

El Ordinal I del Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, comienza enunciando el artículo 39 de la Constitución Española, el cual establece en su párrafo primero, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en su párrafo cuarto, que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Siguiendo con el Preámbulo, la citada Ley explica que *el legislador estatal, en el marco de sus competencias, ha regulado las instituciones jurídico-públicas y privadas sobre las que se asienta la protección del menor*. Añade que el resultado, cuyo máximo exponente es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM), *es un marco regulador que garantiza a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y que ha servido de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores*.

Sin embargo, tal y como explica la Ley 8/2015, transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la LOPJM, *se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución*.

Esta Ley introduce importantes novedades, pero quisiera destacar las siguientes:

En primer lugar, introduce un nuevo artículo 2 a la LOPJM, precepto que ayuda a concretar el concepto indeterminado del *interés superior del menor*⁹. Este interés, tal y como indica el Ordinal II de su Preámbulo, tiene un contenido triple:

- *Es un derecho sustantivo, en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución.*
- *Es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor.*
- *Es una norma de procedimiento.*

⁹ Para M.A. PARRA LUCÁN la interpretación jurisprudencial del interés del menor está convirtiendo en buena medida el Derecho de familia en un Derecho de los menores y apunta que *“es el interés del menor el criterio decisivo para la solución de muchos conflictos familiares: cuál es el sistema de guarda, si se adopta o no la custodia compartida, o a quién y cómo se atribuye el uso de la vivienda familiar, tanto en las crisis matrimoniales como en las crisis de parejas no matrimoniales, el interés del menor es el criterio que se tiene en cuenta para fijar el régimen de visitas de parientes y allegados, para privar a los progenitores de la función parental, para reaccionar ante los cambios de residencia realizados en materia unilateral por uno de los progenitores, etc.)”*. En PARRA LUCÁN, M.A.: “El principio del interés del menor en la jurisprudencia” en *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba* (Dirs. ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ JUNOY Joan y Coord. DE MIRANDA VÁZQUEZ Carlos), Bosch Editor, Barcelona, 2018, págs. 25 y ss.

En segundo lugar, esta Ley del 2015 regula de forma detallada el derecho del menor a ser oído y escuchado, modificando el artículo 9 de la LOPJM, al que el legislador ha catalogado como derecho *fundamental*¹⁰.

Según este artículo, el menor *tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.*

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor *tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.*

Conviene señalar que tanto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, como en la Ley ordinaria 26/2015, de 28 de julio, se sustituye el término *juicio* por el de *madurez*, cuestión que, como estudiaré más adelante, no está exenta de problemas.

De acuerdo con la nueva redacción del artículo 9 de la LOPJM, el menor, cuando tenga *suficiente madurez*, podrá ejercitar el derecho a ser oído, por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. Esta *madurez* habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Asimismo, añade, en mi opinión, de manera contundente, que el menor tiene suficiente madurez *cuando tenga doce años cumplidos.*

Por otro parte, la Ley 26/2015, de 28 de julio, comienza su Preámbulo de la misma forma que la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, esto es, haciendo alusión al artículo 39 de la Constitución. Sin embargo, introduce, un nuevo Capítulo III en el Título I de la LOPJM, el cual lleva por rúbrica *Deberes del menor*. Según el Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, *desde la concepción de los menores como ciudadanos, se les reconoce como corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no solo titulares de derechos sino también de deberes.* Es por este motivo por el que la Ley introduce cuatro nuevos artículos en los que se regulan los deberes de los menores en general (artículo 9 bis) y los relativos al ámbito familiar (artículo 9 ter), escolar (quáter) y social (artículo 9 quinquies).

¹⁰ Concretamente en el Ordinal II del Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio dispone lo siguiente: *mediante la modificación del artículo 9, se desarrolla, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 12 de noviembre de 2010; y con los criterios recogidos en la Observación n.º 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado.*

Resulta cuanto menos curioso que estas Leyes del año 2015, que nacieron con el propósito de otorgar un mayor amparo jurídico al menor y una mayor autonomía en la toma de sus decisiones, no fueran previsoras sobre su protección digital, campo en el que, a mi juicio, se encontrarían más vulnerables antes los riesgos de las TIC¹¹.

Como última mención a la LOPJM, quisiera señalar el artículo 4 de esta Ley, el cual lleva por rúbrica *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. De los cinco párrafos de los que consta este artículo, conviene señalar lo siguiente:

- El primer párrafo señala que los menores *tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Este derecho comprende también la *inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones*.
- El párrafo cuarto nos indica, que será el Ministerio Fiscal, bien de oficio, bien a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública, quien actúa, en todo caso, en interés del propio menor, sin perjuicio de las acciones que puedan ejercer los representantes legales del menor¹².
- El párrafo quinto concluye diciendo que *los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros*.

No quisiera poner fin a este apartado, sin hacer mención a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Tal y como explica su Preámbulo, que no tendrán carácter de ilegítimas, las entradas en el ámbito de la intimidad cuando sean *consentidas por el propio interesado*.

¹¹ Coincido con M.B. ANDREU MARTÍNEZ en que la LOPJM refleja la tensión entre la visión tradicional del menor como destinatario de medidas de protección y tutela y la potenciación de su autonomía, inclinándose la Ley, en promover su autonomía como sujetos.

Comparto con esta autora en que resulta sorprendente cómo la reforma de la LOJPM del año 2015, a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio y de la LO 8/2015, de 22 de julio, no haya tenido en cuenta el ejercicio de los derechos del menor en el mundo digital o cómo éste puede verse afectado por el uso de internet. Como bien indica esta autora “es evidente que el menor disfruta de sus derechos también en el ámbito digital (con independencia de que exista o no un expreso reflejo normativo); y también es evidente que el escenario actual es otro y las posibilidades de control también son diferentes a las existentes hace veinte años, y que nos movemos en un escenario global en el que es necesaria una actuación coordinada a niveles supranacionales, pero esto no exime de una mínima revisión de la normativa interna”. (Cfr. ANDREU MARTÍNEZ, M.B. “Los menores y sus derechos en la sociedad digital” *Sociedad digital y derecho* (Dirs. DE LA QUADRASALCEDO Tomás y PIÑAR MAÑAS José Luis), (Coords. BARRIO ANDRÉS Moisés y TORREGROSA VÁZQUEZ José), BOE, 2018.

¹² Señala M. BARRIO ANDRÉS que el artículo 84.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, constituye una reiteración adaptada al entorno digital de lo dispuesto en la LOPJM “*en la medida en que muchos de los servicios de la sociedad de la información tienen una audiencia de cientos de miles, o incluso millones, de personas, siendo así un medio de comunicación a través del cual se puede estar vulnerando el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”. (Cfr. BARRIO ANDRÉS, M.: “Garantía de los derechos...”, op. cit., págs. 236 y 237).

Asimismo, este autor, apunta, a mi juicio, dos cuestiones interesantes; por un lado, una modificación puntual del artículo 4 de la LOPJM, habría hecho innecesario el artículo 84.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre y, por otro lado, no debería distinguirse entre redes sociales y servicios de la sociedad de la información, dado que las primeras están ya comprendidas entre los segundos.

Con relación a los menores de edad, señala el artículo 3 de esta Ley, que deberán prestar el consentimiento *por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil* (párrafo primero) y que, en los restantes casos, mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez (párrafo segundo).

III. LA “MADUREZ” Y EL “CONSENTIMIENTO”: CONCEPTOS PROBLEMÁTICOS EN EL ÁMBITO DE LOS PROCESOS DE FAMILIA

1. La indeterminación de los conceptos “edad”, “suficiencia de juicio” y “necesidad”

Como ya expliqué con anterioridad, una de las reformas más importantes que ha experimentado la LOPJM es que se sustituye el término *juicio* por el de *madurez*.

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), en materia de separación o divorcio, el párrafo quinto del artículo 777 de la LEC quedó finalmente redactado de la siguiente manera: *si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor*.

Ahora bien, si acudimos a la regulación del proceso matrimonial contencioso, observamos que la Ley 15/2005 introdujo otros dos cambios en la LEC:

En primer lugar, se mantiene la obligación de oír a los mayores de doce años tal y como prevé el párrafo segundo del artículo 770.4 de la LEC: *si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor, se oír a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso a los mayores de doce años*.

Y, en segundo lugar, añade un párrafo tercero a este artículo 770.4 de la LEC en el que se refleja cómo debe practicarse la audiencia a los menores: *en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas, para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario*¹³.

¹³ Explica V. PÉREZ DAUDÍ que, en ocasiones, en la práctica forense, los Tribunales no acuerdan la audiencia al menor, alegando que el Equipo Técnico Judicial ya lo ha oído para realizar el informe pericial que se ha aportado al procedimiento y argumentan que esta práctica es válida porque el artículo 9 de la LOPJM permite la posibilidad de que el menor sea oído a través de su representante. Según este autor, esta práctica forense no se puede compartir por los siguientes motivos:
“- En primer lugar, porque el principio de inmediación judicial exige que las pruebas se practiquen ante el juez que dicte sentencia, tal y como prevé el artículo 289.1 LEC.

Del estudio comparativo de las audiencias contempladas en el artículo 777.5 y de los párrafos segundo y tercero del artículo 770.4, ambos de la LEC, se desprende una doble distinción: en los procesos consensuales, se oír a los menores, con independencia de la edad, si tuviera suficiente juicio y cuando se estime necesario; sin embargo, en los procesos contenciosos, persiste la edad de doce años y se exige la suficiencia de juicio¹⁴ para los menores de dicha edad.

Sobre la contradicción de criterios a la hora de efectuar la audiencia al menor de edad, se ha pronunciado el TS en la reciente STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 648/2020 de 30 noviembre de 2020 (RJ 2020\4795) que versa sobre relevancia de la audiencia del menor en un proceso de modificación de medidas de un divorcio contencioso.

El TS, en su F.J. 2º, viene a recoger lo ya dispuesto por el TS en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 413/2014, de 20 de octubre de 2014 (RJ 2014\5613), la cual apuntaba en su F.J. 5º, que la aparente contradicción entre el Código Civil (concretamente el artículo 92.6 del Código Civil que regula la audiencia de los menores por el juez, cuando tengan suficiente juicio y el juez lo estime necesario) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (que prevé con carácter preceptivo la audiencia a los mayores de doce años para los procesos matrimoniales contenciosos y la suficiencia de juicio y la necesidad para los procesos matrimoniales consensuales, en términos similares a los previstos en el Código Civil) “viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio”¹⁵.

-
- *En segundo lugar, porque la intervención del Equipo Técnico Judicial no está prevista en la LEC mas como especialistas que auxiliarán, que no sustituirán al Juez en la exploración del menor. En el Código Civil de Catalunya se permite que el Equipo Técnico Judicial elabore los dictámenes periciales que se soliciten y se puedan aportar en el proceso de familia, pero en ningún caso que sustituyan al Juez en la práctica de la prueba”.*
 - *En tercer lugar, porque el Equipo Técnico Judicial nunca podría ser considerado representante del menor. Esta función la realizan los padres, y si tuvieran interés contrapuestos, el Ministerio Fiscal o el defensor judicial”* Puede verse en PÉREZ DAUDÍ, V.: “¿Cuándo debe oírse a los hijos menores de edad en el proceso de familia? *Diario la Ley*, Núm. 8861, Sección Práctica Forense, 11 de Noviembre de 2016. Formato digital).

¹⁴ Para A. GOIRIENA LEKUE la *suficiencia de juicio*, además de consistir en un concepto jurídico indeterminado, se trata de un criterio subjetivo, que permite otorgar protección a cualquier menor, es decir, es un criterio más racional ya que el criterio objetivo de la edad, no dejaría de ser una presunción de que un menor de doce años es una persona madura, algo que no siempre es así. Por ello, entiende la mencionada autora que el legislador, en lugar de establecer una edad concreta, deja en manos del juez la decisión de apreciar en cada caso si el menor tiene capacidad de juicio suficiente como para otorgársele la audiencia en el proceso judicial de que se trate.

Por lo que respecta al segundo de los criterios a tener en cuenta, es decir, la *necesidad*, señala GOIRIENA LEKUE que existen opiniones contrapuestas pues, por un lado, se entiende que siempre y en todo caso, es preciso escuchar la opinión del menor; pero por otro lado, se considera que no es necesaria siempre, sino sólo cuando el juez lo considere pertinente. (En GOIRIENA LEKUE, A.: “La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio”, *Diario La Ley*, N° 6823, 2007, Formato digital).

¹⁵ Esta argumentación ha sido recogida con posterioridad en otras sentencias como la STS.

Por último, quisiera destacar que la LEC no se ha adaptado a la LOPJM (ya que sigue manteniendo *juicio*, en lugar de *madurez*), la indeterminación en los criterios *edad*, *suficiente juicio* y *necesidad* pueden generar, en mi opinión, problemas en la práctica jurídica, no sólo porque no han sido claramente definidos por nuestra legislación, sino porque se utilizan de manera diferente en una u otra audiencia del menor¹⁶.

2. El consentimiento para la exposición de los hijos menores en redes sociales como tema principal en los procesos de familia

Otra cuestión interesante gira en torno a los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos en materia de familia y, especialmente, en los de intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad. Con relación a este asunto, quisiera resaltar el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4ª), núm. 31/2019 de 13 marzo de 2019 (JUR 2019\150994).

En este supuesto, la madre de la menor, que tenía 13 años de edad, exponía su disconformidad con el hecho de no tener ningún tipo de control y acceso al teléfono móvil que el padre, había facilitado a la niña, y con el acceso que a través del mismo ésta venía haciendo a Instagram y otras redes sociales con el consentimiento del otro progenitor, además de manifestar su oposición a la publicación de fotos de la niña por parte del padre en redes sociales.

La madre pedía que se prohibiera cualquier acceso de la menor a Internet sin el consentimiento expreso de la madre, que el padre se abstuviera de facilitarle los medios para subir fotos personales a la red y que él mismo o cualquier otra persona lo haga, que se le facilite el número de contacto y el acceso al teléfono móvil de la niña facilitado por el padre, y que se impusieran a este último multas coercitivas hasta el cumplimiento de lo acordado.

De este Auto destaco los fundamentos jurídicos tercero y cuarto. En el F.J. 3º, se indica que “resulta indudable que el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen que establece el artículo 18.1 de la Constitución también corresponde a los menores, y así lo declara

¹⁶ Explica X. ABEL LLUCH que en algunas resoluciones judiciales, para comprobar el suficiente juicio del menor de edad, se parte de unos “marcos cronológicos”, excluyendo *ab initio* a los más menores (niños de hasta cuatro años de edad) y ponderando la viabilidad de una audiencia, a partir de una entrevista previa a partir de una edad razonable (a partir de los ocho años). En palabras de este autor “será, por tanto, a partir de una conversación favorable que se pueda iniciar la verdadera audiencia, de modo que existirá una “conversación” previa entre el juez y el menor para efectuar un juicio favorable de madurez, a la que seguirá la audiencia estrictamente considerada”. Expone ABEL LLUCH que el juicio sobre la suficiencia de madurez se efectúe por los Equipos Técnicos adscritos a los juzgados o a través de los interrogatorios de los progenitores en la vista, sobre la base de que los padres pueden ofrecer datos sobre la soltura, capacidad de expresión, timidez u otras circunstancias importantes del menor para la decisión de ser oído. Por último, señala este autor que, puede resultar útil la “apostilla” del derecho de audiencia por parte del letrado interesado en su práctica, esto es, la mínima justificación de las razones que, en el caso concreto, justifican la audiencia del menor, a pesar de no tener la edad de los doce años. (Cfr. ABEL LLUCH, X.: “La audiencia del menor de edad en los procesos de familia” en *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba* (Dirs. ABEL LLUCH, X., y PICÓ JUNOY, J. y Coord. DE MIRANDA VÁZQUEZ, C.), Bosch Editor, Barcelona, 2018, págs. 321 y 322.

expresamente el artículo 4.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, y en cuanto se configura como un derecho de la personalidad que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y la representación fotográfica del menor, constituye un dato de carácter personal (...)

Según la Audiencia, tanto desde la perspectiva de la protección del derecho a la propia imagen como de la de protección de datos de carácter personal se requiere el consentimiento del titular del derecho para excluir la intromisión ilegítima o el tratamiento no autorizado de los datos. Explicando el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo y los artículos 7 y 92 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, la Audiencia llega a la conclusión de que “la difusión y publicación de fotografías de la menor requiere en este caso el consentimiento de ambos progenitores”.

Conviene señalar en este punto que, para la jurisprudencia, la difusión y publicación de fotografías del menor en redes sociales, requiere el consentimiento de ambos progenitores.

Retomando el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, en su F.J. 4º, se señala, que es a los progenitores a quienes, en el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad, “incumbe llevar a cabo un control parental en el uso de las nuevas tecnologías por parte de sus hijos menores de edad, sin prohibiciones absolutas, que podrían llegar a ser contraproducentes por restringir más allá de lo necesario las posibilidades de relación que dichas tecnologías ofrecen, condenando al menor a una situación de aislamiento digital en los ámbitos social y familiar”, pues el uso de estas tecnología permiten, según la Audiencia, “conocer y controlar la forma en que sus hijos se desenvuelven al acceder a los contenidos que circulan por la red y manejar los recursos que ésta proporciona a la hora de entablar relaciones con otras personas afines por razones de edad, gustos o aficiones”.

Este fundamento jurídico es, a mi juicio, un fiel reflejo de cómo la digitalización está condicionando la vida cotidiana de los hijos menores de edad. Si el no uso de las tecnologías condena, como expresa la Audiencia, al menor a una situación de aislamiento digital en los ámbitos social y familiar, se ha llegado a una situación que resulta, cuanto menos preocupante, pues se entiende que el único medio que tienen estos menores para relacionarse con familiares y amistades, es a través de la utilización de dispositivos digitales.

Quisiera destacar los argumentos esgrimidos por la Audiencia Provincial para la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la madre:

- 1) “El padre ha manifestado que la presencia de la niña en la red Instagram se produce desde hace algo más de un año y que todas las fotos que “sube” a la misma son previamente supervisadas por él, tratándose además de un perfil con una configuración privada y, por lo tanto, sujeto a unas condiciones de privacidad definidas que no permiten un acceso indiscriminado”.
- 2) “Las fotografías obtenidas de dicha red social que han sido aportadas al procedimiento no presentan ninguna connotación que pudiera hacerlas inapropiadas para ser compartidas con aquéllos a quienes está permitido acceder a las mismas”. Explica la Audiencia que la prohibición que solicita la madre, “no se justifica por la necesidad de apartar a la menor de un peligro, que no cabe entender existente, ni por

la necesidad de evitarle unos perjuicios, que tampoco cabe apreciar en las circunstancias señaladas en las que viene produciéndose esa difusión limitada y controlada de su imagen, máxime cuando ella misma reconoce que se le facilitaron las claves para acceder al perfil de su hija cuando así lo solicitó, permitiéndole de ese modo ejercer también el control parental que le corresponde, y que ella misma “subió” en su día fotos de la niña a su cuenta de Facebook, autorizando, asimismo, su tratamiento por el centro escolar al que acude”.

Finalmente, la Audiencia añade lo siguiente: “todo lo cual resulta también predicable respecto de las fotos que de forma limitada y con acceso controlado publica el padre a través de su perfil privado en la red”.

- 3) “Menos aún cabe atender su petición de que se le permita acceder al teléfono móvil de la niña que le facilita el padre y que sólo usa cuando permanece en su compañía, pues no existe prueba o indicio alguno de que los contenidos que en él se alojan pudieran resultar inadecuados, hasta el punto de justificar una restricción de la inviolabilidad de la correspondencia y del secreto de las comunicaciones que el artículo 4.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor reconoce como comprendido en el derecho de los menores a la intimidad”.

De estos tres argumentos, puedo extraer lo siguiente: el hecho de que uno o ambos progenitores o que el propio hijo/a suba fotos de su imagen con la supervisión de éstos a una red social privada, no tiene, en mi opinión, por qué implicar necesariamente que haya un mayor control en cuanto a la difusión de su imagen.

Una red social privada es una red que está cerrada a ser empleadas por cualquier tipo de usuario y que sólo se puede acceder a ella por la pertenencia a un grupo específico u organización privada que suele hacerse cargo del coste de la misma¹⁷. Ahora bien, este tipo

¹⁷ Según el Estudio Elaborado por el Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (ONTSI), de diciembre del año 2011, titulado “Las Redes Sociales en Internet”, existen varios tipos de redes sociales:

- a) Redes sociales directas: son aquellas cuyos servicios prestados a través de Internet en los que existe una colaboración entre grupos de personas que comparten intereses en común y que, interactuando entre sí en igualdad de condiciones, pueden controlar la información que comparten. Los usuarios de este tipo de redes sociales crean perfiles a través de los cuales gestionan su información personal y la relación con otros usuarios. El acceso a la información contenida en los perfiles suele estar condicionada por el grado de privacidad que dichos usuarios establezcan para los mismos. Pertenecen a este grupo Facebook, YouTube, Wikipedia, hi5, Meetic, LinkedIn, Xing, MySpace y Fotolog.
Estas redes sociales directas, pueden subdividirse en varias categorías, destacando para el tema que nos concierne, la clasificación en públicas o privadas:
 - 1) Redes sociales públicas: están abiertas a ser empleadas por cualquier tipo de usuario que cuente con un dispositivo de acceso a Internet sin necesidad de pertenecer a un grupo u organización concreta.
 - 2) Redes sociales privadas: están cerradas a ser empleadas por cualquier tipo de usuario. Sólo se puede acceder a ellas por la pertenencia a un grupo específico u organización privada que suele hacerse cargo del coste de la misma. Los usuarios suelen mantener relación contractual o de otra índole con dicho grupo específico u organización.
- b) Redes sociales indirectas: aquellas cuyos servicios prestados a través de Internet cuentan con usuarios que no suelen disponer de un perfil visible para todos existiendo un individuo o grupo que controla y dirige la información o las discusiones en torno a un tema concreto. Resulta

de red social tiene sus limitaciones, pues las personas integradas en ella, cuentan con sus propias redes sociales, que cuentan con otros usuarios diferentes y con quienes pueden compartir imágenes, por ejemplo, a través de las denominadas “capturas de pantalla”, ampliándose, por tanto, el campo de difusión y, eludiendo el inicial control por parte de los progenitores.

IV. CONCLUSIONES

Está claro que nos encontramos en una sociedad cada vez más digitalizada, en el que las redes sociales, están cada vez más presentes en nuestras vidas. Es cierto que constituyen una herramienta útil que nos permite transmitir información y comunicarnos de manera rápida e inmediata con otros usuarios. Sin embargo, el uso que se haga de estas redes, así como los datos que en ellas figuren pueden conllevar resultados de muy diverso tipo.

Esta doble perspectiva presenta una mayor problemática en el ámbito de la esfera personal, y más, en concreto, en la familiar. Cada vez es más frecuente la publicación de fotografías y vídeos en redes sociales de los diferentes momentos que hemos compartido con amistades y familiares, pero el problema viene cuando, quienes figuran en esas fotografías y vídeos son los hijos menores de edad.

La protección jurídica de estos hijos, es cada vez mayor. El legislador, está tomando una mayor conciencia de los peligros de la “digitalización” que estamos viviendo y cómo está condicionando nuestras relaciones personales y/o familiares.

Sin embargo, los conceptos *madurez, suficiente juicio o consentimiento* de los hijos menores de edad siguen siendo difusos en nuestro ordenamiento jurídico, lo que dificulta, en mi opinión, su interpretación y, por ende, su aplicación práctica creando una inseguridad jurídica e indefensión.

El argumento de que los padres ostenten la patria potestad de sus hijos, no debe de servir de “paraguas jurídico” en el que ampararse, porque no debemos olvidar que esos menores de edad, que cuentan con derechos fundamentales amparados por nuestra Constitución y que son los más vulnerables en un mundo digital del que muchas no son conscientes del riesgo de estar sujeto “ante los ojos de los demás”, algún día alcanzarán una mayoría de edad, momento en el que tomarán conciencia de la exposición o, en algunas ocasiones, sobreexposición, derivada de las decisiones que adoptaron en su momento, sus progenitores.

Por todos estos motivos, considero que debería existir, en mi opinión, una regulación única y detallada que verse sobre las TIC, que clarifique los conceptos anteriormente citados y que fomente el derecho fundamental del menor a ser oído, pues de esta forma se conseguiría una

especialmente relevante aclarar que este tipo concreto de redes sociales son las precursoras de las más recientes redes sociales directas desarrolladas dentro del nuevo marco de la Red 2.0. Son los foros y los blogs.

Fuente obtenida de https://www.ontsi.red.es/sites/ontsi/files/redes_sociales-documento_0. Consultada el día 24 de enero de 2021.

uniformidad de criterios en los procesos de familia, ofreciendo a los hijos menores, los más vulnerables en este tipo de procesos, mayor protección y seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- Abel Lluch, X.: “La audiencia del menor de edad en los procesos de familia” en *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, X. Abel Lluch y J. Picó Junoy (Dirs.) y C. de Miranda Vázquez (Coord.), Bosch Editor, Barcelona, 2018.
- Andreu Martínez, M.B.: “Los menores y sus derechos en la sociedad digital” en *Sociedad digital y derecho*, Tomás de la Quadra-Salcedo y José Luis Piñar Mañas (Dirs.), Moisés Barrio Andrés y José Torregrosa Vázquez (Coords.), Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Red.es y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.
- Barrio Andrés, M.: “Garantía de los derechos digitales en la LOPDGDD (Título X) en *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGDP y la LOPDGDD*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2019.
- Goiriena Lekue, A.: “La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio”, *Diario La Ley*, Nº 6823, 2007, Formato digital.
- Martos Díaz, N.: “Principios (Arts. 6-11 RGPD. Arts. 4-10 LOPDGDD)” en *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGDP y la LOPDGDD*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2019.
- Parra Lucán, M.A.: “El principio del interés del menor en la jurisprudencia” en *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, Xavier Abel Lluch y Joan Picó Junoy (Dirs.) y Carlos de Miranda Vázquez Carlos (Coord.), Bosch Editor, Barcelona, 2018.
- Pérez Daudí, V.: “¿Cuándo debe oírse a los hijos menores de edad en el proceso de familia? *Diario la Ley*, Nº 8861, Sección Práctica Forense, 11 de Noviembre de 2016, Formato digital.
- Rallo Lombarte, A.: “Del derecho a la protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales” en *Tratado de Protección de Datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Artemi Rallo Lombarte (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, Formato Digital.
- Troncoso Reigada, A.: *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Vilasau Solana, M.: “El consentimiento general y de menores” en *Tratado de Protección de Datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (Dir. Artemi Rallo Lombarte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, Formato Digital.

Legislación sanitaria en crisis. Principales problemas y garantías

Carlos Heredero del Campo

Contratado predoctoral FPU. Universidad de León. cherc@unileon.es

Recibido
29 enero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE
Legislación
sanitaria; COVID 19;
Crisis sanitaria;
Estado de alarma.

KEYWORDS
Health legislation;
COVID 19; Health
crisis; State of
alarm.

Resumen

El presente trabajo únicamente pretende invitar a la reflexión sobre la gestión en de la actual crisis sanitaria en nuestro país. Para ello he realizado una sucinta explicación de la principal normativa sanitaria aplicable poniendo de manifiesto tanto los medios existentes en nuestra legislación sanitaria ordinaria para hacer frente a esta crisis como su desplazamiento por un Derecho de excepción, los principales problemas jurídicos que esto ha supuesto y los mecanismos existentes para su control. Finalmente, expongo las conclusiones obtenidas buscando hacer hincapié en aquellos problemas y necesidades detectados.

Health legislation in crisis. Main problems and guarantees

Abstract

The purpose of this essay is only intended to invite reflection on the management of the health crisis in our country. For this, I have made a brief explanation of the main applicable health regulations, highlighting both the main means we have at our disposal to deal with it, as well as the displacement of ordinary health legislation by an exception legislation, the legal problems that this has entailed and the existing mechanisms for its control. Finally, I present the conclusions obtained, seeking to emphasize those problems and needs detected.

|

Vivimos momentos de desasosiego y de incertidumbre provocados por una crisis sanitaria sin precedentes que ha hecho tambalear los pilares de nuestras sociedades¹. Hemos sido bajados del altar en el que nos encontrábamos omnipotentes observando el devenir de los acontecimientos para ocupar un lugar más acorde a nuestra condición humana, expuestos como siempre hemos estado a los más azarosos peligros de la naturaleza.

¹ La crisis sanitaria generada por el coronavirus SARS-CoV-2 ha provocado también una grave crisis social y económica, cuyas consecuencias todavía no hemos llegado ni siquiera a vislumbrar.

Uno de los mayores peligros para la población lo forman las enfermedades contagiosas, que de manera indisociable forman parte de la historia del ser humano² y que han tenido un carácter disruptivo en las comunidades afectadas. No obstante, este problema se ha visto agravado en nuestras sociedades actuales debido a múltiples factores. Entre otros, destacamos el aumento de la población, el cambio climático, la evolución de los medios de transporte, la de los medios de producción y la distribución de alimentos³. Todo ello ha generado un caldo de cultivo propicio para que las epidemias se conviertan en incontrollables pandemias que recorren sin remisión el planeta. Por su naturaleza, no conocen límites geográficos o administrativos, tampoco las podemos prevenir ni evitar⁴; pero si podemos, empero, prepararnos para minimizar las consecuencias⁵.

Es en este contexto, donde el nuevo coronavirus amenaza nuestra sociedad y estilo de vida, cambiando desde nuestras costumbres hasta la forma de relacionarnos, es donde los poderes públicos cobran especial relevancia. Es importante dar respuestas jurídicas a los problemas existentes, mitigar los daños ocasionados y sus consecuencias, así como prevenir los riesgos futuros que por desgracia surgirán. En este marco, voy a analizar los mecanismos legales que tiene nuestro ordenamiento para hacer frente a estas situaciones.

II

Una vez la Organización Mundial de la Salud catalogó como epidemia el COVID-19⁶, los Estados contemporáneos rescatan de sus arsenales normativos diferentes instrumentos para organizar una respuesta eficiente⁷. Por un lado, tenemos la legislación ordinaria, formada por aquellas normas que rigen el día a día de las sociedades, y, por otro lado, la legalidad de excepción, formada por normas de necesidad, que son creadas *ad hoc*, para hacer frente a esas situaciones excepcionales⁸. A todas estas normas nos referiremos en los siguientes epígrafes.

² Desde la viruela, el cólera o la peste hasta los más actuales como el ébola o los coronavirus.

³ Un análisis más pormenorizado sobre estos y otros factores de riesgo, lo podemos encontrar en HIDALGO GARCÍA, María del Mar. “Las enfermedades infecciosas: el gran desafío de seguridad en el siglo XXI”. En: *Emergencias pandémicas en un mundo globalizado: amenazas a la seguridad*, Ed. Ministerio de Defensa, Madrid, 2020, págs. 39-80.

⁴ Las previsiones nada halagüeñas recogidas en un reciente informe elaborado por la Plataforma Intergubernamental sobre Biodiversidad y Servicios de los Ecosistemas (IPBES), durante los días 27 al 21 de julio de 2020 pone de manifiesto que las “Pandemias en el futuro surgirán con más frecuencia, se propagarán más rápidamente, tendrán mayor impacto en la economía mundial y podrían matar a más personas que [el] COVID-19”. Por ello, y para estar preparados, se propone crear un Consejo Intergubernamental para la Prevención de Pandemias. Recordar que España forma parte del IPBES desde 21 de abril de 2012.

⁵ En palabras de LAMATA COTANDA, Fernando. “Crisis sanitarias y respuesta política”. *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, vol. 4, núm. 3, 2006, págs. 401-406.

⁶ Así fue anunciado el 11 de marzo de 2020 por el Director General de la Organización Mundial de la Salud.

⁷ Aunque circunscriba el análisis a este ámbito, también podríamos extrapolarlo a inundaciones, terremotos, incendios, atentados terroristas, etc.

⁸ La determinación de dicha situación como extraordinaria o excepcional se realiza en relación a un interés digno de protección, como es en este caso, la propia subsistencia de la sociedad. En este

En primer lugar, analizaremos aquellas normas de derecho ordinario existentes en nuestro ordenamiento para combatir emergencias de salud pública. Como hemos avanzado anteriormente, las epidemias han sido una constante a lo largo de la historia⁹, y es por ello que nuestras legislaciones contemplan tanto normativa específica en materia sanitaria para hacerle frente, como otras normas de carácter transversal aplicables no solo a epidemias sino también a diferentes situaciones que pongan en peligro a la sociedad.

El fundamento constitucional que nos va a permitir afrontar esta emergencia sanitaria lo encontramos en los artículos 43, 148 y 149 de la Constitución Española (CE). Por un lado, en el artículo 43, existe un reconocimiento al derecho a la protección de la salud que se encomienda a los poderes públicos reservando a la ley su regulación. Esto es completado con el diseño establecido en el Título VIII de la CE sobre la organización territorial del Estado, que posibilita la asunción por las comunidades autónomas de competencias en materia de sanidad (artículo 148.1. 21^a), reservando para el Estado la sanidad exterior, la regulación de las bases y la coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos (artículo 149.1. 16^a).

En base a lo anteriormente expuesto, la legislación estatal en materia de Salud Pública se compone principalmente de tres normas:

- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).
- Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP).
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGS).

La LGS desarrolla las previsiones constitucionales respecto a las Bases de la Sanidad y la cooperación¹⁰. Establece los principios y criterios sustantivos que han permitido conformar nuestro Sistema Nacional de Salud. Y, de este modo, fija una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español¹¹. Todo ello sin menoscabo de la autonomía política en materia sanitaria de las que gozan las diferentes comunidades autónomas y que podrán desarrollar en el ejercicio de sus competencias. Asimismo, en lo referente a la Coordinación de la Sanidad, crea el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, el cual se encarga de fijar los mecanismos que permiten la coordinación de las diferentes autoridades sanitarias entre las comunidades autónomas y la Administración General del Estado.

Esta ley habilita a las autoridades sanitarias siempre “que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud” a “adoptar las medidas de carácter preventivo que se valoren convenientes” mediante

sentido, y ampliamente tratado en ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. *El concepto de necesidad en Derecho Público*. Ed. Civitas, Madrid, 1996.

⁹ Al respecto, un interesante repaso de las epidemias que han afectado a nuestro país en la edad contemporánea, así como la respuesta de la Administración en cada momento en MUÑOZ MACHADO, Santiago. “El poder y la peste de 2020”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 90-91, 2020, págs. 114-131.

¹⁰ Las bases de acuerdo al artículo 2.1 y la cooperación sanitaria recogida en los artículos 70 y ss.

¹¹ Este mínimo común denominador es una exigencia al Estado de acuerdo a las Sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7º o la 173/1998, de 23 de julio, FJ 9º, entre otras.

resoluciones motivadas, por tiempo determinado y siempre que no exceda la causa que las justificó (artículo 26). Como podemos ver, se trata de una habilitación legal que permite adoptar un amplio abanico de decisiones enfocadas a hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, además de respaldar coactivamente estas decisiones con un régimen completo de infracciones y sanciones (artículos 32 y ss.).

En lo que respecta a la LOMESP, esta precisa de aclaraciones históricas y sistemáticas no solo para ser entendida sino para ser interpretada y aplicada correctamente en nuestro ordenamiento. Esto es debido a sus especiales características, pues fue publicada con carácter previo a la LGS¹², mediante ley orgánica, carece de preámbulo y cuenta con una extensión inusualmente breve, pues está formada únicamente por cuatro artículos. Todo ello se debe a que ambas leyes (LGS y LOMESP) pertenecieron al mismo anteproyecto de Ley de Sanidad, y estos cuatro preceptos fueron desgajados del mismo por motivos técnicos al considerarse que debían revestir forma de ley orgánica por las facultades limitativas de derechos fundamentales que podían implicar¹³.

Sin dejarnos engañar por su brevedad, esta Ley, bajo cobertura orgánica¹⁴, supone una importante herramienta en la lucha contra la epidemia que estamos viviendo al facultar a todas las autoridades sanitarias, en el orden de sus respectivas competencias, a utilizar “todas las medidas que consideren oportunas” en la lucha contra las enfermedades transmisibles (artículo 3). Habilitando para actuar desde los ayuntamientos hasta la Administración General del Estado. Esta fue la principal herramienta utilizada al principio de la pandemia para hacer frente al coronavirus por las diferentes autonomías. Aunque su aplicación actualmente se ha visto reducida, tanto por la declaración del estado de alarma como por la jurisprudencia, que, como veremos, no ha sido pacífica en su interpretación.

En último lugar, tenemos la LGSP, que establece las bases que sustentan las acciones de coordinación y cooperación de las administraciones públicas en materia de salud pública. Entre sus disposiciones, y al igual que las normas precedentes en la materia, contempla disposiciones con amplios poderes encaminados a su efectivo cumplimiento, en concreto y expresamente, su artículo 54 completa las previsiones establecidas en la LGS y LOMESP, incluyendo una cláusula general en su letra f) que permite adoptar a la autoridad sanitaria competente, “cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud”.

Además de la legislación estatal específica en materia sanitaria y de salud pública analizada en los apartados anteriores, tenemos más instrumentos técnicos y jurídicos para hacer frente a esta crisis. Es el caso de las leyes de protección civil y de seguridad nacional. Se trata de

¹² Aunque ambas en el mismo BOE núm. 102, de 29 de abril.

¹³ Me remito a las explicaciones que como colaborador del mencionado anteproyecto realiza MUÑOZ MACHADO, Santiago. “El poder y la peste de 2020”, op. cit., pág. 116.

¹⁴ Como analizaremos más adelante, en 1986 el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre la necesidad de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, y no para la simple delimitación de alguna de sus facultades que no afecten al contenido esencial. No obstante, no me parece desacertada la reserva orgánica de estos artículos, pues su finalidad podría comprender facultades limitadoras de derechos fundamentales muy restrictivas, como también veremos.

normas transversales que son de aplicación en diferentes situaciones de emergencia, entre ellas la que estamos viviendo.

En primer lugar, la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil. Dictada al amparo del artículo 149.1. 29ª CE, atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de seguridad pública, y, en relación con el 30. 4ª CE, impone el deber de colaboración de los ciudadanos bajo la autoridad competente para evitar o minorar los daños que puedan producirse en la comunidad frente a catástrofes extraordinarias, tanto de origen natural o derivado de la acción humana. Dicho lo cual, esto no es óbice para que, en función de las características de la emergencia, se admita la competencia de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales en materia de protección civil, sin olvidar que estas deben estar siempre subordinadas a “las superiores exigencias del interés nacional”¹⁵.

Centrándome en la ley estatal, dado que cuenta con las más amplias potestades, debo reseñar dos artículos que me parecen especialmente relevantes en la lucha contra esta crisis sanitaria. Por un lado, el artículo 37.1 contempla el auxilio de las Fuerzas Armadas, principalmente mediante la Unidad Militar de Emergencias, sin perjuicio de la colaboración de otras unidades que puedan precisarse¹⁶. Y, por otro lado, el artículo 7 bis otorga a las autoridades competentes en protección civil diversas facultades limitativas de derechos para hacer frente a la emergencia, como son, por ejemplo, la requisita temporal de bienes, la suspensión de actividades o la obligación de los ciudadanos de adoptar las medidas necesarias para la evitación de riesgos, todas ellas sobradamente conocidas.

En segundo lugar, la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional¹⁷ regula la gestión de crisis en situaciones excepcionales dirigiendo la acción del Estado a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, así como la defensa de España y sus valores constitucionales. Para ello, habilita al Gobierno para asumir la dirección en aquellas situaciones que, por la gravedad de sus efectos, requieran una coordinación reforzada a todos

¹⁵ En este sentido las Sentencias del Tribunal Constitucional 123/1984, de 18 de diciembre y 133/1990, de 19 de julio. Hemos de tener en cuenta que la actual Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil deroga la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil, y sobre la que previamente se había pronunciado nuestro el máximo intérprete de la Constitución.

¹⁶ Tras la aplicación del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, en el marco de la “Operación Balmis” miles de soldados fueron movilizados en la lucha contra el COVID-19, prestando su ayuda en diversos frentes, participaron en labores de desinfección, refuerzo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ejerciendo como rastreadores, logística, etc. Y que actualmente continúan su labor a través de la llamada “Misión Baluarte”. Aunque esta habilitación no se realizó al amparo de la Ley 17/2015, de 9 de julio, sino mediante el artículo 5.6 del mencionado Real Decreto y a través de lo previsto en el artículo 15.3 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

Debo hacer alusión al relevante papel que pueden tener las Fuerzas Armadas en entornos epidémicos, en CIQUE MOYA, Alberto. “Capacidades sanitarias militares en la prevención y lucha frente a emergencias epidémicas” En: *Emergencias pandémicas en un mundo globalizado: amenazas a la seguridad*, Ed. Ministerio de Defensa, Madrid, 2020 págs. 230-234.

¹⁷ Su creación coincide en el tiempo con la crisis vivida en Cataluña. Fue objeto de recurso de inconstitucionalidad presentado por la Generalitat y resuelto por la Sentencia del Tribunal constitucional 184/2016, clave para la interpretación de la norma. Como recoge el antecedente 1º c) “La Ley crea así, al margen de la Constitución, un espacio jurídico entre la normalidad y la excepcionalidad que suponen los estados de excepción, alarma y sitio del art. 116 CE”.

los niveles para obtener así el mejor uso de los recursos disponibles (artículo 23). En nuestro caso particular, la amenaza de la seguridad sanitaria (artículo 10), constituiría una situación de especial interés para la Seguridad Nacional. Sin poder llegar a la suspensión de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos (artículo 23) en ningún caso, y, aunque no lo contemple expresamente el texto normativo, tampoco puede establecer ninguna medida limitativa de los mismos, pues para ello precisaría una habilitación legal que no contiene. En suma, la importancia de esta norma reside en crear un marco donde puedan actuar bajo la dirección del Gobierno otras leyes en materia de salud o de protección civil como las ya mencionadas, que sí pueden implicar serias restricciones de derechos.

Por último, y no por ello menos importante, tenemos la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que históricamente ha habilitado a los alcaldes con importantes prerrogativas para hacer frente a las catástrofes. En este sentido, para los municipios de régimen ordinario el artículo 21.1.m) dice así: “Adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediata al Pleno”. En términos similares, para los municipios de gran población el artículo 124.4.h) señala se podrán “Adoptar las medidas necesarias y adecuadas en casos de extraordinaria y urgente necesidad, dando cuenta inmediata al Pleno”¹⁸.

Como hemos podido observar, este conjunto normativo al que hemos hecho alusión contempla en su mayor parte cláusulas generales e inespecíficas (cualquier medida, medidas necesarias, relevantes...) que pueden conllevar una gran discrecionalidad por parte de las autoridades competentes cualquiera que sea su nivel territorial. No obstante, y sin perjuicio de que podrían definirse algunas de estas respuestas, la excepcionalidad de situaciones que regulan hace necesario un carácter abierto, pues es justamente este el que va a permitirle adaptarse a los diferentes escenarios y hacer frente a cualquier amenaza que pueda plantearse¹⁹.

III

El derecho de excepción, por otro lado, es aquel que surge en situaciones de necesidad donde la pervivencia del Estado o la supervivencia de la población está comprometida y que faculta a los poderes públicos con todos los medios indispensables para luchar contra el riesgo que las amenaza. La habilitación conferida por la necesidad permite tanto la inaplicación de la legislación ordinaria como la adopción de medidas concretas para hacer frente al peligro. Resumidamente, permite adaptar el Derecho a la realidad social. Los poderes extraordinarios

¹⁸ Interesante reflexión sobre la posibilidad de considerar a los alcaldes como autoridades sanitarias a los efectos de invocar los poderes previstos en la LOMESP, en CIERCO SEIRA, César. “Derecho de la Salud Pública y COVID-19”. En: BLANQUER CRIADO, David, et al., *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, págs. 25-78.

¹⁹ En palabras de MUÑOZ MACHADO, Santiago. “El poder y la peste de 2020”, op. cit., pág. 126 “la legislación siempre ha utilizado prescripciones muy generales porque es imposible fijar la ruta de una situación excepcional y predeterminar los medios que han de utilizarse para combatirla. La falta de concreción [...] ha de suplirse siempre por una cuidadosa y explícita motivación”.

que confieren estos efectos –el negativo o derogatorio y el positivo o adaptador²⁰– implícitamente confieren a este derecho de las emergencias un carácter supletorio del derecho ordinario, debiendo por ello actuar como último recurso en nuestro ordenamiento jurídico.

En lo relativo al derecho de necesidad, nuestra Constitución contempla tres estados excepcionales en su artículo 116 otorgando a los poderes públicos facultades extraordinarias para hacer frente a crisis de distinta naturaleza. Esta sucinta regulación que recoge nuestra Norma Suprema fue desarrollada por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES). La doctrina ha señalado que dicho precepto constitucional, así como la tipificación recogida en su norma de desarrollo, no establece tres etapas o diferentes grados de intensidad de una misma situación, sino que responde a tres escenarios cualitativamente distintos²¹. Aunque también ha reconocido que, pese a existir esa diferencia cualitativa, la interrelación entre las situaciones y las medidas contempladas para hacerle frente denota un gradualismo entre estos estados²².

Dentro de esta variedad de escenarios diferenciados que pueden darse, nuestro legislador contempla específicamente la situación actual en el artículo 4.c) de esta ley orgánica, pues este precepto cita, como uno de estos escenarios, las “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación grave”. Obligando de esta forma a seleccionar la figura del estado de alarma para hacerle frente y no otra. Todo ello sin perjuicio de que la epidemia provoque una alteración del orden público²³ y pueda justificar también la aplicación del estado de excepción²⁴. Al margen, por ahora, también quedaría que durante la situación actual

-
- ²⁰ ÁLVAREZ GARCIA, Vicente. *El concepto de necesidad en Derecho Público*, op. cit. Debiendo matizar que no se trata de una derogación propiamente dicha, sino de un desplazamiento del derecho ordinario, el cual no se aplicaría en lo que sea contrario al derecho de necesidad. En este sentido COTINO HUESO, Lorenzo. “Los derechos fundamentales en tiempos de coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, págs. 88-101.
- ²¹ “El estado de alarma estaría previsto para contrarrestar situaciones excepcionales con origen en catástrofes naturales; el estado de excepción para contrarrestar las crisis de orden público y el estado de sitio estaría previsto para las crisis de Estado” en ONEGA LÓPEZ, José Ramón. “Estados de alarma, excepción y sitio”. *Boletín de Información (Ministerio de Defensa)*, núm. 207, 1988. Una argumentación de la diversidad frente a la gradualidad lo encontramos en CRUZ VILLALÓN, Pedro. “El nuevo derecho de excepción”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, págs. 93-130, y de igual modo FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”. *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981, págs. 83-116.
- ²² Verbigracia, podemos observar en la LOAES que la declaración de los diferentes estados excepcionales conlleva tanto la gradual intervención del Congreso de los Diputados como la sucesiva y gradual atribución de facultades al Gobierno.
- ²³ Así lo contemplaba el Tribunal Constitucional en su Sentencia 33/1982, de 8 de junio, FJ 3º “una crisis sanitaria pueda amenazar la seguridad pública y justificar, en consecuencia, una intervención de las autoridades a las que corresponda su custodia”.
- ²⁴ Este aspecto es bastante controvertido, pues una interpretación de la LOAES, que deroga parte de la Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público, inclina a pensar, aunque no lo mencione expresamente que asume dentro del ordenamiento jurídico el papel de dicha ley, por tanto, la previsión de la declaración del estado de alarma por razón de una epidemia únicamente tendría sentido en caso de que se produjese una alteración de dicho orden. En MUÑOZ MACHADO, Santiago. “El poder y la peste de 2020”, op. cit., págs. 125-126.

se hayan adoptado medidas más propias de un estado de excepción que de alarma, pero sobre ello trataré más adelante.

Por lo expuesto anteriormente, ante la situación de emergencia generada por el coronavirus a principios del año pasado y la imperiosa necesidad de tomar medidas²⁵, se optó por apartar la legislación ordinaria y utilizar la figura del estado de alarma²⁶ como norma principal sobre la que articular todas las respuestas técnicas y jurídicas que se estimaron necesarias para hacerle frente. Los problemas jurídicos en torno a la utilización de este mecanismo constitucional no se hicieron esperar. La poca jurisprudencia existente al respecto²⁷ –sumada a la drástica situación que vivía la sociedad– no ayudaba a paliar una permanente sensación de inseguridad frente a la respuesta de los poderes públicos. Sensación que todavía perdura, pues finalizado este estado excepcional y tras unos meses en la llamada “nueva normalidad”, el Gobierno ha vuelto a optar por este mecanismo²⁸, convirtiendo lo excepcional en cotidiano²⁹.

IV

La característica descentralización del Estado español tiene su repercusión a la hora de afrontar una crisis sanitaria, pues son diversas las administraciones territoriales que intervienen en la gestión de la misma. Es por ello que la asunción de un mando único es consecuencia lógica e inevitable para una respuesta homogénea y contundente. No me refiero a la adopción de medidas restrictivas de derechos de forma indiscriminada en todo el territorio nacional, sino a la adopción de las mismas respuestas ante las mismas situaciones determinadas objetivamente³⁰.

Para ello parece necesario asumir el liderazgo desde el Gobierno a través de la coordinación y planificación de las políticas sanitarias que deben adoptarse.

²⁵ En el momento en que se aprueba el estado de alarma la situación era extrema. Ahora bien, teniendo en cuenta que en ese momento las noticias que llegaban desde Italia hacían presagiar lo peor, cabe reflexionar si previamente se podían haber adoptado otras medidas que estuviesen amparadas en la mencionada legislación sanitaria. Como si lo hicieron algunas comunidades autónomas, por ejemplo, la Orden 109/2020, de 27 de febrero, de la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias.

²⁶ Declarado por segunda vez en nuestra historia constitucional. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

²⁷ Nuestro Tribunal Constitucional se había pronunciado al respecto en su Auto 7/2012, de 13 de enero y la Sentencia 83/2016, de 28 de abril.

²⁸ Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

²⁹ Podemos pensar que la propia LOAES en su artículo 12.1 reconoce su carácter complementario en los casos de crisis sanitaria al contemplar que “la Autoridad competente podrá adoptar por sí, [...], las [medidas] establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas”.

³⁰ Actualmente se tiene en cuenta el número de contagios por cada 100.000 habitantes.

Respecto de a la coordinación, he mencionado que nuestra legislación sanitaria contempla un órgano en el que participan todas las autonomías: el Consejo Interterritorial de Sanidad³¹. Participan en él todos los consejeros competentes en materia de sanidad de las comunidades autónomas bajo la dirección de un órgano de la Administración General del Estado, el Ministro de Sanidad³², y cuya finalidad es la coordinación, cooperación, comunicación e información entre ellos.

En lo relativo a la planificación, esto es, a la adopción de directrices, medidas y planes de carácter general, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud habilita al Ministerio de Sanidad para realizar actuaciones coordinadas a través de la activación o diseño de planes y estrategias de actuación frente a emergencias sanitarias³³. Habilitación que considero innecesaria, pues esta podría subsumirse dentro de la de legislación básica en materia sanitaria³⁴ que recoge la Constitución.

El derecho de excepción representa la otra cara de la moneda, puesto que una de sus consecuencias es la concentración del poder público. Por ello, con el estado de alarma se produjo una asunción de las competencias en materia sanitaria a favor de la Administración General del Estado³⁵. Facultad esta –de recentralización competencial–, que, con las sucesivas prórrogas, se fue suavizando; pasando después por la cogobernanza³⁶ (durante la transición a la “nueva normalidad”), para recuperar las competencias una vez finalizado el

³¹ Órgano de coordinación creado por la LGS y cuya composición y funciones recoge posteriormente la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS).

³² Reforzadas sus competencias tras la modificación realizada por el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, al añadir el artículo 65 bis que obliga a los órganos competentes de las comunidades autónomas a informar al Ministerio de Sanidad en situación de emergencia para la salud pública.

³³ Artículo 65.e) añadido por la anteriormente mencionada modificación del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio.

³⁴ En este sentido, la Sentencia del tribunal Constitucional 32/1983, de 28 de abril, “la competencia estatal para fijar las bases es una competencia de normación, que corresponde al legislador, ocurre que en algunas materias ciertas decisiones y actuaciones de tipo aparentemente coyuntural, que tienen como objeto la regulación inmediata de situaciones concretas, pueden tener sin duda un carácter básico por la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional y por su incidencia en los fundamentos mismos del sistema normativo”. Y un análisis más amplio en SANZ LARRUGA, Javier. “Las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en materia sanitaria”. En: JUANE SÁNCHEZ, Miguel, et al., *Lecciones de derecho sanitario*, Ed. Universidad de Coruña, 1999, págs. 105-134.

³⁵ El artículo 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, nombra como autoridad competente al Gobierno y designa como autoridades competentes delegadas a la Ministra de Defensa, el Ministro de Interior, el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y al Ministro de Sanidad, ampliando las competencias de este último en todas aquellas áreas que no recaigan en los anteriores. Por otro lado, el artículo 2 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, mantiene al Gobierno como autoridad competente, pero nombra como autoridades competentes delegadas a quienes ostenten la presidencia de cada comunidad autónoma y ciudad con Estatuto de autonomía.

³⁶ Un estudio más detallado de este proceso de gobernanza conjunta o cogobernanza con las comunidades y ciudades autónomas en ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. “La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, 2020.

estado de alarma, y ya luego como autoridades sanitarias competentes en el segundo estado de alarma.

V

Otro de los aspectos que ha generado más controversia y que ha sido uno de los principales argumentos para la adopción del estado de alarma fue la necesidad de limitar diferentes derechos fundamentales. En particular, el derecho a la libre circulación recogido en el artículo 19 CE, aunque no el único³⁷. El problema planteado reside en la posibilidad de adoptar estas medidas desde la legislación ordinaria³⁸.

En primer lugar, nuestra Constitución contempla una serie de garantías para la regulación de los derechos fundamentales. Por un lado, el artículo 53 recoge la reserva de ley para su regulación y desarrollo, mientras que, por otro, el artículo 81.1 establece que esta reserva debe ser orgánica. Estas previsiones han sido ampliamente delimitadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este sentido se entiende que la reserva de ley orgánica es aplicable a los derechos y libertades comprendidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución³⁹, únicamente para aquellas leyes que los desarrollen de modo directo⁴⁰ o establezcan restricciones en aspectos consustanciales de los mismos⁴¹, pero no para las que únicamente les afecten o incidan sobre ellos o sus facultades. Entendiendo el término desarrollo como la regulación general del derecho o la ordenación de aquellos aspectos esenciales de su régimen jurídico⁴².

En suma, y de acuerdo con el criterio del mayor interprete de la Constitución, podemos decir que estos derechos fundamentales y libertades públicas podrán limitarse mediante ley. La ley deberá ser orgánica si se contempla en ella restricciones que afecten al contenido o núcleo

³⁷ También se vieron afectados el derecho de reunión y manifestación recogido en el artículo 21 CE (al respecto interesante Sentencia con un voto particular de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de justicia de Aragón 151/2020 de 30 de abril), el derecho al sufragio recogido en el 23 CE (fueron suspendidas las elecciones regionales gallegas y vascas) y el derecho a la libertad de culto art.16 CE. Un análisis más detallado en FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. “El estado de alarma en España por la epidemia del coronavirus y sus problemas”. *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 33, 2020, y Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos. *Diario La Ley*, núm. 9634, 2020.

³⁸ “Siendo imprescindible seguir manteniendo limitaciones a la libertad deambulatoria en el conjunto del territorio nacional [...]. No existe alternativa jurídica al estado de alarma que permita restringir el derecho fundamental del artículo 19 de la Constitución con el referido alcance general, criterio éste que en efecto se comparte”, el subrayado es mío. Así de contundente se mostraba la Abogada del Estado CASTRO REY, Consuelo, en el informe solicitado por el Gobierno para la cuarta prórroga del estado de alarma declarado en marzo.

³⁹ FJ 2º Sentencia 76/1983, de 5 de agosto.

⁴⁰ FJ 6º Sentencia 6/1982, de 22 de febrero.

⁴¹ FJ 2º Sentencia 101/1991, de 18 de junio.

⁴² FJ 5º Sentencia 93/1988, de 22 de marzo.

esencial⁴³ de los mismos. Pero ordinaria si solo se trata de modulaciones temporales y limitadas a la forma en que determinados sujetos disfrutan, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, del derecho fundamental⁴⁴. De manera que formalmente no existe impedimento para que la legislación sanitaria española, a través de la cobertura legal (ordinaria y orgánica) proporcionada por el conjunto normativo ya analizado, pueda adoptar las medidas necesarias para paliar esta grave situación epidemiológica sin recurrir al estado de alarma.

El Real Decreto que declara el estado de alarma, que cuenta con el valor de norma legal⁴⁵, ha sido la herramienta central empleada por el Gobierno para combatir la pandemia, amparándose en las facultades concedidas tanto por la Constitución como por la LOAES. En base a ellas, mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se tomaron una serie de medidas temporales de carácter extraordinario de dudosa constitucionalidad⁴⁶, principalmente por la limitación del derecho a la libre circulación, que suponía, de facto, una suspensión del mismo⁴⁷.

Hablo de suspensión de este derecho, pues nuestro Tribunal Constitucional ha tenido bastantes ocasiones para pronunciarse sobre él, estableciendo un núcleo esencial bien definido⁴⁸, que, como hemos visto, solo podría verse limitado por ley orgánica. También

⁴³ Sobre el contenido esencial de un derecho, concepto importado de la Ley Fundamental de Bonn, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 11/1981, de 8 de abril, definiéndolo como "aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga". De ahí que el contenido esencial de un derecho se viole "cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".

⁴⁴ Sentencia Tribunal Constitucional 53/2002, de 27 de febrero.

⁴⁵ Así lo señala el Tribunal Constitucional en el Auto 7/2012, de 13 de enero y la Sentencia 83/2016, de 28 de abril, en relación a la declaración del estado de alarma del año 2010, "la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma".

⁴⁶ Sobre los problemas constitucionales del estado de alarma y sus prórrogas, consultar FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. "El estado de alarma en España por la epidemia del coronavirus y sus problemas", op. cit., pág. 20, hace referencia a la división doctrinal existente sobre el asunto, realizando una extensa recopilación de trabajos en ambos sentidos.

⁴⁷ En este sentido ARAGÓN REYES, Manuel. "Covid-19: aproximación constitucional a una crisis". *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 32, 2020. En contrario VELASCO CABALLERO, Francisco. "Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19". En: BLANQUER CRIADO, David, et al, *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, págs. 84-92.

⁴⁸ Un análisis más pormenorizado de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el contenido esencial en ENRÍQUEZ MALAVÉ, Guillermo. "Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19". *Diario La Ley*, núm. 9620, 2020.

tenemos que tener en cuenta que el poder constituyente, en el artículo 55 CE, ha eliminado expresamente dicha facultad al estado de alarma, pues únicamente la contempla para los estados de excepción y sitio.

En relación con las restricciones de derechos fundamentales, me parece importante reseñar las medidas adoptadas por las diferentes comunidades autónomas cuya jurisprudencia es abundante y heterogénea, pues no existe una interpretación pacífica sobre el alcance de la habilitación del artículo 3 de la LOMESP. Así, verbigracia, algunos Tribunales Superiores de Justicia no avalan su uso para establecer confinamientos perimetrales o restricciones al derecho de reunión⁴⁹ al considerar que la referencia del mencionado precepto se realiza de manera individualizada, esto es, sobre los enfermos y/o personas susceptibles de estar contagiadas, pero nunca sobre la colectividad de manera indeterminada. Amparándose en que solo por ley estatal puede establecerse limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales. Por otro lado, otros Tribunales⁵⁰, en cambio, han ratificado estas mismas medidas considerando que no comportaban una afectación intensa de los derechos fundamentales, que estaban delimitadas en un ámbito geográfico muy concreto –en un espacio temporal limitado– e iban dirigidas a grupos poblacionales con una especial incidencia de la enfermedad⁵¹.

VI

El derecho de necesidad confiere unas amplias facultades a los poderes públicos para actuar frente a situaciones extraordinarias, pudiendo utilizar todos los medios necesarios que tengan a su alcance para garantizar la preservación del Estado. Tales privilegios conllevan inherentemente el riesgo del abuso de los mismos. Por ello, además de cumplir con los principios básicos de proporcionalidad y adecuación que deben regir todas las decisiones, es importante establecer mecanismos de control para tratar de evitar o, cuanto menos, reducir ese peligro.

En este sentido, se establecen dos tipos de controles: los políticos y los judiciales⁵².

En primer lugar, analizaremos el control político, siendo sin duda el más importante y relevante el ejercido por el Parlamento. Este control podemos encontrarlo desde el proceso de creación de las leyes ordinarias, que contempla una serie de garantías que actúan como contrapesos frente a posibles arbitrariedades. De este modo la iniciativa legislativa no recae únicamente sobre el Gobierno, la misma puede provenir del Congreso o del Senado (artículo 87 CE); el debate parlamentario propiamente dicho representa el sistema parlamentario; la aprobación implica el convenio de la mayoría (Democracia); y la publicación que incorpora la norma al ordenamiento su publicidad (artículo 9.3 CE).

⁴⁹ Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su auto de 10 de octubre o Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su Auto 32/2020, de 22 de octubre.

⁵⁰ Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su auto 76/2020, de 15 de octubre.

⁵¹ Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su Auto 273/2020, de 20 de octubre. Que a su vez deniega la ratificación de las medidas adoptadas.

⁵² ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. *El concepto de necesidad en derecho público*, op. cit., págs. 521 y siguientes.

Dada esta relevancia del Parlamento, no debe extrañar que la declaración del estado de alarma conlleve un doble mandato constitucional para el Congreso de los Diputados. Por un lado, la función establecida en el artículo 66.2 de controlar la acción del Gobierno⁵³, y, por el otro, autorizar o denegar la prórroga del estado de alarma, (artículo 116.2)⁵⁴. Sin olvidar que la declaración del estado de alarma, con independencia de la causa que preceda y motive su declaración, no interrumpe el normal funcionamiento de los órganos constitucionales, y en este sentido el artículo 116.5, que, en relación con el 116.6, vuelve a incidir sobre la prohibición de modificar el principio de responsabilidad del Gobierno. En suma, todo ello nos indica que la intención del poder constituyente es reforzar el control⁵⁵ y la exigencia de responsabilidad política⁵⁶ de quien está asumiendo un poder exorbitante mediante la declaración del estado de alarma. Constituyendo el contrapeso necesario frente a la concentración de competencias y facultades en el Gobierno de la Nación⁵⁷.

Este control sobre la acción del Gobierno es desempeñado actualmente a través de la actividad parlamentaria en tanto que esta permite el debate público y el conocimiento por los ciudadanos de la actuación del Gobierno. No obstante, al igual que al resto de la sociedad, la falta de previsión y preparación frente a esta crisis sanitaria a afectado a todos las instituciones, incluida la parlamentaria. Esta última, para adaptar su funcionamiento a las excepcionales circunstancias vividas, ha adoptado una serie de medidas, canalizadas a través de los acuerdos de las Mesas de las Cámaras⁵⁸, los cuales han permitido la “adecuación” de la actividad parlamentaria a la crisis sanitaria. Salvo una interrupción temporal⁵⁹, las Cámaras

⁵³ La propia Constitución determina diferentes medios de control (artículos 109 a 111). En relación, la Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2018 de 14 de noviembre de 2018 “La Constitución no define en qué consiste la función de control de la acción del Gobierno que atribuye a las Cortes Generales su artículo 66.2, sino que se limita a establecer diferentes instrumentos de control en su título V; instrumentos de control que regulan, de manera singular, los Reglamentos de ambas Cámaras”.

Así mismo el artículo 8 LOAES establece la obligación del Gobierno de dar cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma y los Decretos que dicte sobre su vigencia, sin perjuicio de suministrar toda la información que le sea requerida.

⁵⁴ Aunque dicha autorización no supone realmente un control político al confluir la voluntad del Gobierno y Congreso, ALVAREZ GARCÍA, Vicente. “El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, pág. 14.

⁵⁵ Sentencia Tribunal Constitucional 124/2018, de 14 de noviembre FJ 4º “La teoría del control se presenta como parte inseparable de la teoría de la Constitución, porque ambos términos se encuentran ineludiblemente enlazados”.

⁵⁶ Dicha previsión constitucional se ve amplificada con el artículo 8 de la LOAES que establece la obligación del Gobierno de dar cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma y los Decretos que dicte sobre su vigencia, sin perjuicio de suministrar toda la información que le sea requerida.

⁵⁷ Véase ALONSO PRADA, Víctor Ernesto. “El control del congreso de los diputados al gobierno y la actividad parlamentaria durante el estado de alarma”. *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 21, 2020, págs. 73-108.

⁵⁸ En base a los artículos 31.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados y el 36.1.h) del Reglamento del Senado.

⁵⁹ El 10 de marzo de 2020 la Mesa del Congreso suspende la actividad parlamentaria de la Cámara Baja a causa de la crisis del coronavirus, por un alto riesgo de contagio. Decisión no exenta de

han seguido funcionando telemáticamente y a través de las Comisiones. Ahora bien, su labor de fiscalización al Ejecutivo se ha visto reducida en uno de los peores momentos. Cuando existe una restricción de libertades y una mayor concentración de poderes y competencias en el Gobierno de la Nación es cuando este control no debiera ser debilitado hasta el punto de no existir un control parlamentario efectivo⁶⁰; por el contrario, debe ser reforzado y protegido a fin de salvaguardar nuestro propio modelo y sistema constitucional⁶¹.

La declaración del segundo estado de alarma estatal durante el pasado año por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, contemplaba expresamente en su redacción originaria (artículo 14) la rendición de cuentas por parte de Ministro de Sanidad con una periodicidad quincenal ante la Comisión de Sanidad y Consumo. Precepto modificado con el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, que amplía la comparecencia del Ministro a rendir cuentas con carácter mensual. No obstante, y en contraprestación, se prevé la comparecencia ante el Pleno del Congreso de los Diputados del Presidente del Gobierno, cada dos meses.

En última instancia tenemos el control jurisdiccional. Este supone el último control efectivo de las medidas adoptadas, ya sea bajo el paraguas de la legislación ordinaria o ya sea bajo la declaración del estado de alarma, comprobando que tanto formal como materialmente se ajustan a la legalidad, previendo o reparando, de esta forma, la vulneración de los derechos y libertades de los individuos.

La declaración del primer estado de alarma de nuestra democracia tuvo lugar en el año 2010. Contra el mismo y su prórroga se interpusieron numerosos recursos contenciosos-administrativos, que resueltos por el Tribunal Supremo⁶² y el Tribunal Constitucional, contribuyeron a la delimitación jurídica de esta novedosa figura.

El Real Decreto de declaración del estado de alarma y su prórroga, fueron considerados como actos con fuerza y valor de ley no recurribles en amparo, y el acuerdo del Consejo de Ministros que solicita autorización del Congreso para dicha prórroga, como un acto político no sujeto al Derecho Administrativo. De manera que su control corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional⁶³. Mientras que a las disposiciones y actos dictados durante la

polémica pues interrumpe el normal funcionamiento de la Cámara, siendo contrario a las previsiones recogidas en los artículos 116.5 CE y 1.4 LOAES.

⁶⁰ Una dura crítica hacia la gestión del Gobierno en FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. “El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: del estado de alarma de Madrid y el desbarajuste jurídico-administrativo de las medidas contra el coronavirus a otro estado de alarma, con prórroga, ..., de nuevo con problemas constitucionales”. *Diario La Ley*, núm. 9741, 2020.

⁶¹ En palabras de ALONSO PRADA, Víctor Ernesto. “El control del congreso de los diputados al gobierno y la actividad parlamentaria durante el estado de alarma”, op. cit., pág. 90.

⁶² Autos de 10 de febrero, 9 de marzo y 30 de mayo de 2011 y 1 de junio de 2012, que inadmiten los recursos.

⁶³ Pese a ello, y probablemente por la demora en resolver de la que hace gala nuestro Tribunal Constitucional, se han interpuesto varios recursos contra los Reales Decretos que declaran el estado de alarma ante el Tribunal supremo, que fueron inadmitidos por falta de jurisdicción, verbigracia, Auto 2447/2020, de 20 de abril, Auto 2478/2020, de 4 de mayo, Auto 2505/2020, de 6 de mayo, Auto 2529/2020, de 20 de mayo, Auto 8913/2020, de 14 de noviembre, entre otros. Un análisis más detallado de algunas de estas resoluciones, entre otras muchas de distinta índole que ponen de manifiesto la intervención judicial en esta crisis sanitaria, podemos encontrarlo en FERNÁNDEZ

declaración del estado de alarma pueden ser enjuiciados ante la jurisdicción contencioso administrativa⁶⁴. Igual tratamiento reciben las órdenes, resoluciones y disposiciones dictadas por los presidentes autonómicos en aplicación de la habilitación conferida por el artículo 2.3 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que les permite dictarlas por delegación del Gobierno de la Nación, atendiendo a lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA)⁶⁵, pues estas se considerarán dictadas por el Gobierno. A todo lo mencionado, debemos de sumar la previsión que realiza la LJCA sobre la fiscalización de las medidas que se adopten en base a la legislación sanitaria.

El control establecido por la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico encontró rápidamente problemas en la práctica. Uno de los primeros, surgió principalmente debido a las discrepancias y a las múltiples resoluciones contradictorias entre los distintos órganos judiciales, sobre el control mediante ratificación previa que los Juzgados de lo Contencioso-administrativo debían realizar de las disposiciones generales adoptadas por los gobiernos autonómicos⁶⁶. Problema relacionado con la interpretación del artículo 8.6 LJCA, en su redacción anterior al 18 de septiembre de 2020⁶⁷. Este contemplaba que dichos juzgados eran los competentes para la “autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental”, resultando de este modo la posibilidad de controlar por parte de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo las disposiciones generales. La solución al mismo podríamos encontrarla en ese momento en una interpretación sistemática del propio artículo en lo que respecta a la autorización para la entrada en domicilio, que se trata de una medida singular, aplicable por analogía a las medidas sanitarias⁶⁸.

DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. “El Estado de Alarma y las medidas contra el coronavirus ante jueces y tribunales”. *Diario La Ley*, núm. 9651, 2020.

⁶⁴ En este sentido además de la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional, el artículo 3.1 de la LOAES “Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes”.

Cuestión menos clara es el tratamiento que deben tener las concretas medidas gubernativas que se incluyen en el propio Real Decreto del estado de alarma, si estas tienen “fuerza de ley” o forman o no parte de la decisión declarativa. Tema analizado más detalladamente en VELASCO CABALLERO, Francisco. “Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, págs. 86-87.

⁶⁵ Artículo 9.4 “Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante”.

⁶⁶ Ejemplo, el Auto 84/2020 del Juzgado Contencioso-administrativo N°1 de Santa Cruz de Tenerife que ratifica la Orden 109/2020, de 27 de febrero, de la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias por la que se confina a los huéspedes de un hotel.

⁶⁷ Un análisis más detallado en SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. “Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19”. *Diario La Ley*, núm. 9638, 2020,

⁶⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. “El comportamiento del Derecho de Crisis durante la segunda ola de la pandemia”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 90-91, 2020, págs. 26-41, y “La devolución competencial a las Comunidades...”, op. cit.

A partir de la reforma introducida en la LJCA⁶⁹ buscando homogeneizar las resoluciones y actuaciones judiciales frente a los numerosos recursos que están llegando, se modifica la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo (artículo 8.6) y se añaden nuevas competencias a los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 10) y a la Audiencia Nacional (artículo 11.1). De este modo, los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán de la autorización o ratificación de las medidas sanitarias recogidas en actos administrativos singulares y que afecten a particulares identificados de manera individualizada, y los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional de aquellas disposiciones sanitarias generales dictadas por las Comunidades Autónomas o por la autoridad sanitaria estatal respectivamente.

VII

En atención a todo lo anteriormente expuesto, voy a presentar brevemente mis conclusiones:

1. Considero que nuestra legislación sanitaria está preparada para hacer frente a epidemias como la que vivimos. Presenta numerosas herramientas para ofrecer respuestas efectivas en todos los ámbitos. Ahora bien, ante la situación vivida y la realidad impuesta por la pandemia a la que ha tenido que hacer frente, se hace necesaria una reforma que recoja, sin la pretensión de ser exhaustiva, todas las medidas que la práctica ha demostrado relevantes así como el procedimiento y las garantías necesarias para su adopción, todo ello con carácter de ley orgánica y un amplio preámbulo que, pese a carecer de carácter normativo, informe del sentido de la ley y su relación con el resto de normas sanitarias.

2. El recurso del Gobierno a la declaración del estado de alarma es difícilmente cuestionable en un primer momento de la crisis dada la rápida propagación de la enfermedad, el colapso sanitario y la elevada mortalidad a la que tenía que hacer frente. No obstante, transcurridos cerca de un año desde el comienzo de la epidemia, y pese a esgrimir por parte del Ejecutivo la imposibilidad manifiesta de afrontar la crisis mediante la legislación ordinaria, todavía no se ha afrontado una reforma de calado en la misma. Esta evidente inacción legislativa está creando graves problemas a los ciudadanos por la inseguridad jurídica que genera, pues no es lógico, ni sano, vivir en una alarma constante.

3. Las numerosas “autoridades sanitarias” que la legislación sanitaria española considera competentes para el ejercicio de las potestades por ella establecidas, lejos de suponer un problema por la escasa concreción en sus disposiciones, responde a la experiencia histórica en la lucha contra las epidemias, pues, como hemos visto, en función de magnitud de la enfermedad, habilita a tomar decisiones desde los ayuntamientos, a las comunidades autónomas, e incluso al Estado. Que, en conjunción de una adecuada coordinación, permitiría adoptar respuestas específicas y homogéneas en atención a las necesidades de cada momento y lugar.

4. Si el estado de alarma no ha comportado la suspensión de ninguno de los derechos fundamentales a los que hemos hecho mención, estas medidas adoptadas bajo dicha

⁶⁹ Mediante la Disposición Final 2ª de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la administración de justicia.

normativa podrían haberse dictado al amparo de la legislación ordinaria. Si, por el contrario, admitimos que se han producido suspensiones de estos derechos, estas quedarían fuera del marco constitucional establecido para el estado de alarma.

5. Desde la declaración del estado de alarma, el control político sobre el Gobierno ha sido de excesiva laxitud, centrándose principalmente en la autorización de las innumerables prórrogas del estado de alarma, apartando deliberadamente la gestión sanitaria del debate parlamentario y la publicidad que otorga, o al menos este sentido parece indicar la declaración de una prórroga de medio año que además contempla unos plazos de rendición de cuentas que se computan en meses.

6. El arreglo efectuado por el legislador con la reforma de los artículos 8, 10 y 11 de la LJCA ha generado nuevos problemas al imponer el deber de pronunciarse de los órganos jurisdiccionales superiores sobre las medidas sanitarias de carácter general, provocando, de esta manera, que participen directamente en la elaboración de las mismas, con el riesgo que eso entraña para la separación de poderes.

7. La figura del estado de alarma contemplada en nuestra Constitución debería ser revisada por el Tribunal Constitucional, a ser posible antes de la próxima pandemia, definiéndola y adaptándola a la situación actual, pues poco se parece la crisis que estamos viviendo a la de los controladores aéreos de hace una década.

BIBLIOGRAFÍA

- Aba Catoira, A.: “El estado de alarma en España”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, págs. 305-334.
- Alonso Prada, V.E.: “El control del congreso de los diputados al gobierno y la actividad parlamentaria durante el estado de alarma”. *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 21, 2020, págs. 73-108.
- Álvarez García, V.: *El concepto de necesidad en derecho público*. Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- Álvarez García, V.: “El comportamiento del Derecho de Crisis durante la segunda ola de la pandemia”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 90-91, 2020, págs. 26-41.
- Álvarez García, V.: “El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, págs. 6-21.
- Álvarez García, V.: “La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, 2020.
- Aragón Reyes, M.: “Covid-19: aproximación constitucional a una crisis”. *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 32, 2020.
- Carreño Ibáñez, L.V.: “La capacidad de la respuesta española frente a las pandemias”. En: *Emergencias pandémicas en un mundo globalizado: amenazas a la seguridad*, Ed. Ministerio de Defensa, Madrid, 2020, págs. 189-206.

- Cierco Seira, C.: “Derecho de la Salud Pública y COVID-19”. En: D. Blanquer Criado et al., *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, págs. 25-78.
- Cique Moya, A.: “Capacidades sanitarias militares en la prevención y lucha frente a emergencias epidémicas”. En: *Emergencias pandémicas en un mundo globalizado: amenazas a la seguridad*, Ed. Ministerio de Defensa, Madrid, 2020, págs. 207-254.
- Cotino Hueso, L.: “Los derechos fundamentales en tiempos de coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, págs. 88-101.
- Cruz Villalón, P.: “El nuevo derecho de excepción”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, págs. 93-130.
- Enríquez Malavé, G.: “Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”. *Diario La Ley*, núm. 9620, 2020.
- Fernández de Gatta Sánchez, D.: “El estado de alarma en España por la epidemia del coronavirus y sus problemas”. *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 33, 2020.
- Fernández de Gatta Sánchez, D.: “El Estado de Alarma y las medidas contra el coronavirus ante jueces y tribunales”. *Diario La Ley*, núm. 9651, 2020.
- Fernández de Gatta Sánchez, D.: “El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: del estado de alarma de Madrid y el desbarajuste jurídico-administrativo de las medidas contra el coronavirus a otro estado de alarma, con prórroga, ..., de nuevo con problemas constitucionales”. *Diario La Ley*, núm. 9741, 2020.
- Fernández de Gatta Sánchez, D.: “Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos”. *Diario La Ley*, núm. 9634, 2020.
- Fernández Segado, F.: “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”. *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981, págs. 83-116.
- Gómez Zamora, L.: “Breve estudio de las medidas adoptadas durante el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19”. *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 21, 2020, págs. 19-72.
- Hidalgo García, M^a M.: “Las enfermedades infecciosas: el gran desafío de seguridad en el siglo XXI”. En: *Emergencias pandémicas en un mundo globalizado: amenazas a la seguridad*, Ed. Ministerio de Defensa, Madrid, 2020, págs. 39-80.
- Lamata Cotanda, F.: “Crisis sanitarias y respuesta política”. *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, vol. 4, núm. 3, 2006, págs. 401-406.
- Muñoz Machado, S.: “El poder y la peste de 2020”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 90-91, 2020, págs. 114-131.
- Muñoz Machado, S.: *La sanidad pública en España (Evolución histórica y situación actual)*. Ed. Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, 1975.
- Nogueira López, A.: “Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, págs. 22-31.

- Onega López, J.R.: “Estados de alarma, excepción y sitio”. *Boletín de Información (Ministerio de Defensa)*, núm. 207, 1988.
- Salamero Teixidó, L.: “Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19”. *Diario La Ley*, núm. 9638, 2020.
- Santamaría Pastor, J.A.: “Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempos de pandemia”. En: D. Blanquer Criado et al., *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, págs. 79-134.
- Sanz Larruga, J.: “Las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en materia sanitaria”. En: M. Juane Sánchez et al., *Lecciones de derecho sanitario*, Ed. Universidad de Coruña, 1999, págs. 105-134.
- Sarrión Esteve, J.: “La competencia de las autoridades sanitarias para restringir derechos en situación de crisis sanitaria”. *Gaceta Sanitaria. Sociedad Española de Salud Pública y Administración*, septiembre, 2020.
- Velasco Caballero, F.: “Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19”. En: D. Blanquer Criado et al., *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, págs. 79-134.
- Velasco Caballero, F.: “Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, págs. 78-87.
- Zamora Roselló, M.R.: “Administración de emergencia ante una pandemia: aplicación de los principios básicos del Derecho Administrativo”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, 2020.

La tributación de los envases de plástico no reutilizables. La relación entre la protección ambiental en la Constitución española de 1978, la economía circular y la fiscalidad

Antonio Vaquera García

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de León. avaqg@unileon.es

Recibido
22 enero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE
Constitución;
Tributos; Protección
ambiental; Plásticos.

KEYWORDS
Constitution; Taxes;
Environmental
protection; Plastics.

Resumen

El trabajo se centra en examinar las medidas tributarias propuestas para limitar el uso de envases de plástico no reutilizables que ponen de manifiesto la influencia que los mandatos constitucionales tienen sobre la fiscalidad. Se cumple así con la obligación dirigida a los poderes públicos por parte del art. 45 de la Constitución Española de 1978 de velar por la protección ambiental, lo que sitúa esta cuestión cercana a los nuevos postulados relativos a la Economía Circular.

The taxation of non-reusable plastic packaging. The relationship between environmental protection in the 1978 Spanish Constitution, the circular economy and taxation

Abstract

The work focuses on examining the proposed tax measures to limit the use of non-reusable plastic containers that highlight the influence that constitutional mandates have on taxation. Thus, the obligation directed to the public powers by art. 45 of the Spanish Constitution of 1978 to ensure environmental protection, which places this issue close to the new postulates related to the Circular Economy.

I. La protección ambiental en la Constitución española de 1978. Degradación natural y evolución de la preocupación por la misma hacia la economía circular – II. La utilización de las medidas fiscales para ayudar a la consecución de los objetivos ambientales: 1. Los tributos con fines no fiscales; 2. Las medidas jurídicas a utilizar: incentivos positivos y negativos. El empleo de la tributación y del gasto público; 3. El reciclaje y la reutilización: medidas tributarias propuestas en este terreno, en especial, el Impuesto Especial sobre los envases de plástico no reutilizables – Bibliografía

I. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. DEGRADACIÓN NATURAL Y EVOLUCIÓN DE LA PREOCUPACIÓN POR LA MISMA HACIA LA ECONOMÍA CIRCULAR

La protección ambiental es un objetivo prioritario de las políticas tanto privadas como públicas y las disposiciones a su favor llevan aplicándose –o intentándose aplicar y aprobar– desde hace decenios. Sin embargo, los crecientes problemas de degradación de la naturaleza y la imposibilidad de limitar el avance de los procesos contaminantes –piénsese en la degradación de la capa de ozono o en la acumulación de residuos– a través de las medidas pro-ambientales establecidas hasta la fecha, han motivado el que los diversos campos de investigación se dirijan hacia otras esferas. Como es lógico, el Derecho Financiero no es ajeno a esta problemática.

En este sentido, con el paso de una Economía Lineal a una Circular se pretende reintroducir en los procesos productivos o de consumo los mismos materiales que se originan y las diversas ramas del Derecho que se han ocupado de los problemas ambientales también se dirigen ahora al tema que centra el objeto de nuestra atención.

Así, principalmente en el ámbito del Derecho Público, se está extendiendo el estudio de las fórmulas jurídicas que ayuden a lograr las finalidades de la Economía Circular con lo que la normativa administrativa trata de implantar una serie de estándares jurídicos a cumplir por parte de los operadores económicos. La misma situación sucedía anteriormente con la salvaguarda de la naturaleza en general, que se veía compelida por la misma batería de actuaciones administrativas.

En cuanto al Derecho Financiero, también se han propugnado soluciones tanto desde el punto de vista del gasto –vía subvenciones y ayudas públicas– como del ingreso público –vía tributos– para resolver el problema ambiental; en concreto se ha venido impulsando, principalmente desde los años 90 del siglo XX la llamada *fiscalidad ambiental* o también denominada *tributación ecológica o verde*. Con ella se pretende internalizar los efectos externos negativos que da lugar la contaminación –siempre desde un punto de vista económico, que no social o de salud– ya sea con un mayor gravamen de las conductas y bienes contaminantes o con la aplicación de beneficios fiscales en tributos para las que sean respetuosas con el entorno.

En definitiva, la *fiscalidad ambiental* va a evolucionar y de hecho ya lo está haciendo hacia esta nueva perspectiva que debe tener en cuenta la totalidad de los procesos productivos y de circulación de los bienes y procesos fundamentalmente contaminantes.

Sin embargo, para que esa protección se pueda articular jurídicamente, es preciso que sea un fin encuadrado entre los valores superiores del ordenamiento jurídico, por lo que debe indicarse –o al menos deducirse– del articulado de la norma fundamental, es decir, la Constitución Española de 1978.

En nuestra **Carta Magna se alude al medio ambiente en su art. 45**, cuando comienza indicando que “*Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el*

desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo". Con ello se establece un derecho-deber de todos los ciudadanos en relación a dicha preservación del entorno natural. En este sentido, cierto sector doctrinal, interpretando dicho precepto, ha extraído las siguientes consecuencias: no existe un derecho al disfrute del medio ambiente al margen del respeto a los límites, deberes y requisitos establecidos en cada caso por el legislador; en segundo lugar, constata que el ejercicio de tal derecho presupone la competencia administrativa que lo haga factible mediante la atribución de poderes de control sobre el mismo; finalmente, destaca que el incumplimiento de los deberes transcritos entraña para los infractores responsabilidad jurídica¹.

A nuestro parecer, se deben añadir algunas especificaciones de interés para dejar claro el alcance y contenido de esta norma fundamental; en concreto, es imprescindible indicar que dicho derecho-deber a disfrutar y conservar la naturaleza no se puede alegar directamente como un derecho fundamental, ni es susceptible de amparo constitucional, al no comprenderse entre los preceptos protegidos por el art. 53.2 de la Constitución. Se trata exclusivamente de un límite de carácter negativo a la acción del sector público y los poderes del Estado, conforme a su carácter de principio rector de la política social y económica.

Asimismo consideramos relevantes en el citado art. 45 los apartados segundo y tercero², que establecen la obligación, a cargo de los poderes públicos, de establecer las medidas necesarias para proteger el entorno natural y la responsabilidad de los sujetos que causen daños al medio ambiente, traducándose en una necesaria reparación de naturaleza jurídica, exigible por los propios poderes públicos³. Con este fin, se permite a los órganos competentes una vía de actuación de cara a influir en los afectados por la normativa ambiental y entre las opciones posibles cabrían los instrumentos tributarios.

En definitiva, se deduce una clara voluntad del legislador constitucional orientada a la conservación del medio ambiente, pero no es un auténtico derecho fundamental⁴, quizá por

¹ Vid. ESCRIBANO COLLADO, P.: "Ordenación del territorio y medio ambiente en la Constitución", en *Estudios sobre la Constitución española*, homenaje al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, tomo IV, Civitas, Madrid, 1991, pág. 3733 y HERRERA MOLINA, P.M. y SERRANO ANTÓN, F.: "Aspectos constitucionales y comunitarios de la tributación ambiental", *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 83, 1994, págs. 465 y ss.

² Cuyo tenor literal es el siguiente: "2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".

³ Esta obligación tiene para MATEU ISTÚRIZ, J.F. su fundamento en la teoría de la responsabilidad extracontractual; de esta manera "la acción de resarcimiento puede ejercitarse a través de diversos cauces jurídicos, como pueden ser los Tribunales, sistema que básicamente encauzará las acciones resarcitorias, así como las acciones penales previstas en el propio artículo y el sistema fiscal tendente a conseguir el cumplimiento de la obligación en forma específica". (Vid.: "La potestad tributaria de las Comunidades Autónomas y los nuevos tributos. El impuesto sobre aguas residuales", en *Organización Territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, 1984, págs. 1955-1956).

⁴ Como se infiere de la lectura de: ROSEMBUJ, T.: *El tributo Ambiental*, PPU, Barcelona, 1994, pág. 8; MARTÍN MATEO, R.: "La obligación ambiental del sector público", en *España en la*

las trascendentales consecuencias a que conduciría; en efecto, si se optase por ello, pensamos que se originaría un exceso de litigiosidad y de legitimación pasiva para exigir su reparación, en cierto modo universal, lo que rozaría con otros derechos individuales como la presunción de inocencia. En cambio, se ha acudido a una vía intermedia que deja todo el peso de la actuación en manos de las Administraciones Públicas. Así, pueden aprobar las reglamentaciones correspondientes que consideren oportunas, intentando concretar las menciones necesariamente genéricas y programáticas de las Constituciones.

En consecuencia, puestos en relación el problema ambiental, el mandato constitucional y la Economía Circular, se llega en España al **Acuerdo de la Estrategia Española de Economía Circular (España Circular 2030 o EEEC) de 2 de junio de 2020**, aprobado en el Consejo de Ministros de dicha fecha.

Con ello se culmina todo el proceso de puesta por escrito de las prescripciones indicadas tanto por las Naciones Unidas como por la Unión Europea, como la Agenda 2030, cuyo detalle excede los límites de este estudio.

El **fin principal del Acuerdo** es conseguir para esta década en España reducir en un 30% el consumo nacional de materiales, mejorar un 10% la eficiencia en el uso del agua y recortar un 15% la generación de residuos respecto a 2010. Ello posibilitará situar las emisiones de gases de efecto invernadero del sector residuos por debajo de los 10 millones de toneladas en 2030.

Para conseguirlo se prevé una ejecución a través de sucesivos planes de acción trienales, que recogerán las medidas concretas a desarrollar por la Administración General del Estado para implementar actuaciones en Economía Circular en España. El primero de ellos abarcará el período 2021-2023.

A nivel nacional, la adopción de la EEEC estaba prevista en la Declaración de Emergencia Climática y ambiental aprobada en enero de 2020, que la incluye entre las líneas prioritarias de actuación, y es coherente con el proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética, que fija un objetivo de alcanzar la neutralidad climática a más tardar en 2050. Como es lógico, es pronto para evaluar cuál será el efectivo cumplimiento de todo lo indicado y previsto en esta disposición gubernamental, por lo que habrá que estar al desarrollo de los principios, objetivos y líneas de actuación, fundamentalmente en el ámbito de las diversas Administraciones Públicas para comprobar si el Acuerdo no es sino una nueva declaración programática o un auténtico eje de disposiciones normativas con virtualidad y exigencia práctica. A todo ello se aúna la situación derivada de la crisis económica derivada de la de carácter sanitario por la pandemia del Coronavirus, que puede condicionar las medidas a tomar, tanto desde un punto de vista positivo como negativo⁵.

Europa comunitaria: balance de diez años, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, págs. 320 y ss.; PÉREZ MORENO, A.: “Instrumentos de tutela ambiental”, Ponencia presentada al *I Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, BOE, Madrid, 1995, págs. 3 y ss y BELTRÁN DE FELIPE, M. y CANOSA USERA, R.: “Relevancia constitucional del medio ambiente”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 122, 1995, págs. 43 y ss.

⁵ Para unas reflexiones interesantes sobre la influencia del COVID-19 en la tramitación de las iniciativas legislativas en España dirigidas hacia el sector ambiental: PASCUAL NÚÑEZ, M.: “La

II. LA UTILIZACIÓN DE LAS MEDIDAS FISCALES PARA AYUDAR A LA CONSECUCCIÓN DE LOS OBJETIVOS AMBIENTALES

1. Los tributos con fines no fiscales

Podemos comenzar advirtiendo, como es bien sabido, que el nacimiento del tributo es tan antiguo casi como la propia humanidad, ya que, desde que surgió una autoridad con poder suficiente sobre sus coetáneos, empezó la necesidad de dotarla con los medios adecuados para que llevase a buen término su cometido. Pero, unidos a esa finalidad meramente recaudatoria, han venido desarrollándose paralelamente efectos que, aunque sean secundarios, no por ello son menos importantes y que son consecuencia directa o indirecta la propia mecánica tributaria⁶.

Los efectos de los tributos han afectado a la sociedad en la que se establecen de las dos formas anteriormente mencionadas: en primer lugar, fiscalmente, mediante la obtención de medios financieros y, en segundo término, con un objetivo no fiscal, influyendo en el comportamiento de los administrados, la distribución de la renta o la actividad económica⁷.

Debido a esto último se ha acuñado la expresión de **fin no fiscal** de los tributos para aludir a este uso relacionado con la política económica y, por ende, con la política de desarrollo, de la que no se puede prescindir⁸. Por ello, la aceptación de los efectos al margen de la

tramitación de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética en tiempos del COVID-19”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 101, 2020, págs. 58 y ss.

⁶ En el continuo devenir histórico se comprueba fácilmente que el incremento de las cargas fiscales ha dado lugar, no sólo a mayores ingresos para los gobernantes, sino también a consecuencias en la estructura económica y política sobre la que se imponen, como sería el caso de impedir a una determinada colectividad el disponer de recursos para financiar una actuación en contra del poder que los somete.

En este sentido, para un análisis más detenido de la evolución de los ingresos públicos desde la antigüedad y de los estudios a ellos consagrados, véanse las clásicas obras de BERLIRI, A.: *Principios de Derecho Tributario*, Traducción, Estudio preliminar y Notas de VICENTE-ARCHE DOMINGO, F., vol. I, Editorial Derecho Financiero, Madrid, 1964, págs. 32 y ss. y de SAINZ DE BUJANDA, F.: “Organización política y Derecho Financiero”, en *Hacienda y Derecho*, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, págs. 130 y ss.

En la misma línea, aunque refiriéndose a una situación no propiamente tributaria, pero sí financiera, como son las indemnizaciones o reparaciones de guerra, PARRAVICINI, G. trae el ejemplo de la doble función que éstas cumplen: en primer lugar de tipo recaudatorio, al allegar recursos económicos al vencedor de una contienda bélica con los que sufragar los gastos de la misma; en segundo término, con el fin de mantener debilitada financieramente a la potencia derrotada. (Vid.: *Scienza delle Finanze. Principi*, 2ª ed., Giuffrè, Milán, 1975, pág. 225).

Para un mayor detalle acerca de la influencia de la financiación en las diversas situaciones y decisiones militares a lo largo de la historia –en lo que no es sino una aproximación a la influencia real que ha tenido la actividad financiera de los entes públicos en las contiendas bélicas–, podemos remitir al lector a nuestra obra: *El Coste de la Guerra*, Eolas, León, 2015.

⁷ Vid. BUÑUEL GONZÁLEZ, M.: “El uso de instrumentos fiscales en la política de medio ambiente. Teoría, práctica y propuesta preliminar para España”, *Papeles de trabajo sobre medio ambiente y economía*, núm. 1, 2002, págs. 28 y ss.

⁸ En palabras de GARCÍA AÑOVEROS, J., autor que reforzaba su afirmación del texto con las siguientes palabras: “(...) porque el Derecho al desarrollo, al fijar los pasos de los hombres y del

recaudación se ha extendido durante los últimos 50 años en la literatura financiera, llegándose a la opinión de que hoy en día resulta incuestionable que el ordenamiento tributario sirve directamente como instrumento de política económica. En esta línea, SAINZ DE BUJANDA⁹ consideraba que con el nuevo Estado de carácter intervencionista, ya no tiene cabida el impuesto neutral, sino que éste debe cooperar en los fines generales, sin caer en un exceso de discrecionalidad que pueda conducirnos al dirigismo tributario¹⁰. A su vez, este autor señaló con acierto que “*para que el Gobierno pueda desenvolver su política económica con el auxilio de la herramienta tributaria no es necesario, en modo alguno, que se cambien a cada instante las figuras del sistema fiscal (...) Por el contrario, tanto los ingresos como los gastos públicos pueden manejarse eficazmente como instrumentos de política económica*”¹¹.

Sin embargo, antes de proseguir en el estudio de las posibilidades que ofrece la fiscalidad para ayudar a conseguir las metas ambientales de la Constitución, debemos llamar la atención del lector acerca de la creciente confusión conceptual existente, cuando se acude a vocablos como *extrafiscalidad*, *tributos de ordenamiento económico*, *fines o efectos extrafiscales*, etc..., que contribuyen a enturbiar los diversos institutos jurídicos ante los que nos situamos. Por esta causa resulta de algún modo obligatorio tratar de aportar cierta luz al empleo correcto de los términos, para evitar que el tributo con fin no fiscal albergue “*toda una variedad de detracciones coactivas reagrupadas sin otro criterio que el de la finalidad (recaudatoria o fiscal) que no persiguen*”¹². Este último inciso conformaría una definición de carácter negativo basada en la ausencia de orientación recaudatoria, que en modo alguno es posible admitir.

*propio Estado, tiene que prever las consecuencias de sus normas y las consecuencias de sus consecuencias. Y la conducta del hombre es difícil de prever. Y no sólo hay que prever la conducta del hombre, sino las variaciones de las grandes magnitudes económicas, la situación política futura, etc...”. (Vid.: “Desarrollo económico y ordenamiento jurídico”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 44, 1961, pág. 1233).*

⁹ Por lo que respecta a la literatura comparada, han sido claves las aportaciones de PUGLIESE, M.: *La finanza e i suoi compiti extrafiscali negli stati moderni*, Cedam, Padua, 1932, passim y de GRIZIOTTI, B.: *Saggi sur rinnovamento dello studio della scienza delle finanze e del diritto finanziario*, Giuffrè, Milán, 1953, págs. 381-395.

En España, entre otros: YEBRA MARTUL-ORTEGA, P.: “Comentarios sobre un precepto olvidado: el artículo cuarto de la LGT”, *Hacienda Pública Española*, núm. 32, 1975, págs. 145-185; TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: “Notas críticas sobre los beneficios tributarios a la inversión”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 11, 1976, pág. 375; SOLER ROCH, M.T.: *Incentivos a la inversión y justicia tributaria*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1983, págs. 34 y ss. y CASADO OLLERO, G.: “Los fines no fiscales de los tributos”, en la obra homenaje a Fernando Sainz de Bujanda: *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, págs. 103-152.

¹⁰ Rechazado claramente por NEUMARK, F., quien entendía que se actúa sobre la esfera particular del individuo, en lugar de incidir sobre objetivos más genéricos como el empleo, los precios o cualquier otra variable económica. (Vid.: *Principios de la Imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974, págs. 275 y ss.).

¹¹ Vid.: “El derecho, instrumento de política económica”, *Hacienda y Derecho*, vol. II, ob. cit., pág. 175.

¹² Vid.: CASADO OLLERO, G.: “Los fines no fiscales de los tributos”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 213, 1991, pág. 457.

Esta afirmación se encuentra desde hace muchos años en la doctrina italiana¹³ e incluso se ha llegado más allá, manifestándose que la diferenciación es aún más compleja, debido a que en la mayoría de los supuestos sólo puede hablarse de normas de carácter fiscal o extrafiscal y no de gravámenes¹⁴; esta última reflexión la consideramos acertada, puesto que habitualmente se incluyen en un paquete de medidas en favor de una determinada política, las de toda índole, entre las que no faltan las tributarias, que tienden a confundirse con las demás.

La confusión terminológica parte de identificar las expresiones de **tributos extrafiscales** y **tributos con fines no fiscales**, que suele utilizarse de un modo indistinto, lo que puede conducir a error ya que son, a nuestro juicio, dos categorías diferentes.

En esta línea, GRIZZIOTTI, B. separaba los fines extrafiscales de los tributos de los propiamente fiscales o recaudatorios, pero resaltando tal diferencia en base a los términos *finés* o *funciones* extrafiscales y no de la totalidad del concepto en sí¹⁵. El problema se centra entonces en discernir la existencia de fines no fiscales en una determinada figura que, como hemos visto, son de acostumbrada presencia en cualquier gravamen que actúe en el ordenamiento jurídico, de un tributo pensado y nacido expresamente para el logro de un fin no fiscal, con independencia de que secundariamente proporcione ingresos públicos.

La base de la separación conceptual la hallamos en la distinción entre *finés extrafiscales* y *efectos no fiscales*; de esta manera, si un tributo se orienta de forma primordial y específica a un fin distinto del recaudatorio, cabe que sea con fin extrafiscal; si, por contra, únicamente produce efectos no fiscales, sea porque su finalidad principal es recaudar o bien porque sólo alguno de los elementos que lo integran tiene dicha trascendencia, no tendrá realmente esa naturaleza¹⁶.

Por todo ello creemos que debe abandonarse la utilización de la expresión antedicha, evitando la contradicción conceptual y semántica interna que aporta y que es más conveniente adoptar la de **tributo con fin no fiscal o con fines extrafiscales**, para acoger este aspecto.

Más sencilla es la diferencia entre los *finés no fiscales* y los llamados *tributos de ordenamiento económico*, términos que se usan como sinónimos lo que da a entender que toda misión atribuida a un tributo que incida en la estructura económica de la sociedad se considera como un fin no fiscal.

¹³ Vid.: MICHELI, G.A.: “Profili critici in tema di potestà di imposizione”, *Rivista di Diritto Finanziario e Scienze delle Finanze*, 1964-I, pág. 28 y GAFFURI, F.: *L’attitudine alla contribuzione*, Giuffrè, Milán, 1969, pág. 121.

¹⁴ En opinión de LEJEUNE VALCÁRCEL, E.: “Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria”, en *Seis estudios sobre Derecho constitucional e internacional tributario*, Edersa, Madrid, 1980, pág. 171.

¹⁵ Vid.: “L’imposta come istituto della finanza fiscale e della finanza extra-fiscale”, en *Finanza pubblica contemporanea*, Giurisprudenza Laterza de Figli, Bari, 1950, págs. 251 y ss.

¹⁶ Vid.: ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: *Los impuestos autonómicos de carácter extrafiscal*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 22. Por su parte PUEBLA AGRAMUNT, N. entiende que el adjetivo extrafiscal puede llegar a anular el tributo: “Los tributos con fines no fiscales”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 183, 1998, pág. 86.

La finalidad de dicho ordenamiento se comprueba en el hecho de que dichos gravámenes se diseñan en atención al servicio de ciertos propósitos económicos, por lo que se conceptúan así, ya que acuden en auxilio del mercado cuando incumple su función o lo hace de modo insatisfactorio¹⁷.

Nos resta distinguir los tributos con fines no fiscales de otras figuras, que no tienen dicho carácter, pero cuya presencia y utilización, en ocasiones, oscurece el significado correcto de los que examinamos.

En primer lugar hay que aludir a las llamadas **exacciones parafiscales** o **tasas parafiscales**, denominación utilizada por el legislador en la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales de 26 de diciembre de 1958 y en la Ley de Reforma Tributaria de 1964. Este sector se originó, como es bien sabido, como un medio de dotar de ingresos a las Haciendas Institucionales, separado en aquel tiempo de los sistemas ordinarios de la Hacienda Estatal o Local. Posteriormente se ha mantenido en el tiempo esta nomenclatura, a pesar de los intentos de reducir su difusión y cuantía, siendo muy controvertida la determinación de su naturaleza¹⁸.

No obstante, de la misma nota de parafiscalidad, podemos extraer la conclusión de que estas figuras se sitúan en un plano diferente a los tributos con fines no fiscales y ello en base a que las primeras tienen la causa última de su origen en la propia esencia del fenómeno tributario, es decir, en la obtención de recursos para financiar un determinado gasto o servicio público, llevados a cabo por los diversos organismos institucionales en los que han nacido. La diferencia es pues evidente con la tributación con fines no recaudatorios, en la que este fin pasa a un segundo plano, desplazado por la finalidad social o económica que se proponen. La exacción parafiscal no constituye una categoría en sí misma, sino que consiste en un apelativo predicable de aquellos ingresos públicos que reúnen unas notas derivadas de la no aplicación, en parte, del régimen jurídico al que deberían estar sometidos¹⁹.

Finalmente tenemos que aludir a la voz **canon**, que se viene atribuyendo a diferentes ingresos públicos, tengan o no la condición de tributarios²⁰; pues bien, ésta se aplica principalmente a aquellos ingresos que participan de una naturaleza no bien perfilada y de difícil encaje en una

¹⁷ Como puede ser el caso de los bienes públicos o necesidades indeseables o susceptibles de protección, como es el caso de los productos cuya circularidad se propugna. Para un mayor detalle desde un punto de vista genérico, vid.: ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: “Los impuestos de ordenamiento económico”, *Hacienda Pública Española*, núm. 71, 1981, pág. 20.

¹⁸ Puede consultarse un profundo análisis de esta problemática que elaboró MATEO RODRÍGUEZ, L., quien llegó a la conclusión de admitir su caracterización tributaria, tras realizar un interesante recorrido por la evolución legislativa y las posturas doctrinales al respecto. (Vid.: *La Tributación Parafiscal*, Colegio Universitario de León, León, 1978, págs. 68 y ss.).

¹⁹ Vid.: ALIAS CANTÓN, M.: “De las exacciones parafiscales a las prestaciones patrimoniales de carácter público”, *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2018, págs. 149 y ss.

²⁰ Ya se refería al *canon* el artículo primero de la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales, de 26 de diciembre de 1958, al incluirla entre las variantes posibles de denominar un ingreso parafiscal y el Decreto de 4 de febrero de 1960 al establecer el canon de regulación de cursos de agua, así como en sus precedentes legales, tal y como expone VEGA HERRERO, M., al que dicha autora ya calificaba como una auténtica contribución especial en su obra *Las contribuciones especiales en España*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1975, pág. 127.

categoría definida. Por ello, bajo este término quedan englobados numerosos gravámenes con fines no fiscales.

Pero esta aseveración no es óbice para que se tiendan a confundir ambas voces, en el sentido de que una abarca la finalidad del tributo y la otra, un intento de clarificar la naturaleza jurídica correspondiente de una determinada figura, que en ningún caso se puede considerar como una categoría fiscal independiente, sino que participa, o incluso se identifica, con las características propias de alguna de las modalidades tradicionales²¹.

Resultaría más oportuno que el legislador denominara como impuesto, tasa o contribución especial, según concierna al vocablo *canon* y, en caso de persistir en su utilización, propugnamos por una reducción de su ámbito al campo de los ingresos no tributarios, con lo que lo reservaríamos para el precio público principalmente, figura que se ha intentado desarrollar en los últimos años por razones de sobra conocidas, pero que se ha encontrado con las salvaduras que el Tribunal Constitucional español ha introducido en su régimen jurídico²².

Sin embargo, lejos de huir de esta denominación, parece que los legisladores, en especial, los autonómicos, tienden a emplearla de forma indiscriminada sobre todo para los gravámenes con finalidades de protección ambiental o presumiblemente ambiental y que, por lo que aquí nos interesa, se crean ahora o se dirigen también para tratar de cumplir con las metas y directrices de la Economía Circular²³. Esta forma de actuar trata de evitar expresamente el empleo de la palabra *tributo, tasa o impuesto*, con lo que se intenta quitar la nota de coactividad o de supuesta *odiosidad* que traen los gravámenes públicos al no usar su nomenclatura. Ello pensamos que no es sino una forma pueril de tratar de engañar a los

²¹ Sobre la naturaleza jurídica del canon pueden consultarse, entre otros: PÉREZ DE AYALA, J.L.: “Nota sobre la naturaleza jurídica del canon establecido por el servicio municipal de aguas”, *Revista Española de Hacienda Local*, núm. 12, 1974, págs. 491-497; SIMÓN ACOSTA, E.: “Consideraciones acerca del canon sobre la producción de energía eléctrica”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 32, 1981, págs. 603-629 y CORS MEYA, F.J.: “Calificación de los cánones sobre el agua”, *Revista de Hacienda Autonómica y Local*, núm. 67, 1993, pág. 75.

²² Como la ausencia de sujeción a los principios constitucionales tributarios, fundamentalmente, respecto a los que la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1985, de 14 de diciembre, restringe su amplitud de actuación en el ámbito estatal español, debido a la nulidad declarada de algunos supuestos de precios públicos por no respetar el principio de reserva de ley, así como por la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre, que modificó el apartado primero del artículo 7 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, de 22 de septiembre de 1980, ampliando el concepto de tasa en lo que respecta a la utilización del dominio público y a la concurrencia de no solicitud voluntaria o no prestación por el sector privado.

²³ SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A. encuentra una razón, no menos importante, para el uso de la expresión *canon*, que denomina causas de pura oportunidad política o de psicología tributaria, tratándose de camuflar o encubrir un gravamen de forma que su imposición se realice menos sensiblemente; así, entiende que la figura que nos ocupa no posee un contenido preciso, citando algunas sentencias vertidas en España que los conceptúa de diferente manera. (Vid.: “La tributación ambiental. ¿Solo un tema de moda?”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 242, 1996, págs. 828-831).

administrados en los que se presupone una inteligencia y un conocimiento superior al que se les pretende atribuir²⁴.

2. Las medidas jurídicas a utilizar: incentivos positivos y negativos. El empleo de la tributación y del gasto público

Pasamos a continuación a examinar de un modo genérico cuáles pueden ser las medidas jurídicas que pueden utilizarse para cumplir con los objetivos constitucionales de velar por la salvaguarda de la naturaleza.

Las soluciones que se pueden diseñar descansan en el mayor o menor protagonismo que despliegue el sector público a la hora de conformar conductas tendentes a lograr las metas aludidas; así, se encontraría una ausencia total de actuación pública que dejara el problema en manos de la iniciativa de los particulares. Sin embargo, en la mayoría de los Estados de nuestro entorno, la tendencia se dirige a una participación que oscila entre un sistema que otorga al Estado el liderazgo en esta política, a través de la aprobación de normativa de obligado cumplimiento –método denominado *directo o inmediato*– y una intervención por medio de estímulos de carácter positivo o negativo, que modifiquen o alienten una conducta –método *indirecto o mediato*–.

Antes de proseguir, conviene que dejemos bien claro que no compartimos la postura que viene admitiéndose desde que comenzaron a aprobarse y proyectarse los diversos gravámenes que buscan paliar el tema de la degradación natural, en el sentido de denominar instrumentos económicos a los que hemos llamado *indirectos o mediatos*. Esto es debido a que nos movemos en el terreno del Derecho y ambos métodos (directos e indirectos) tienen que ser regulados a través de normas jurídicas; aparte de ello, en los dos supuestos se provocan efectos económicos en la estructura de costes de los productores y consumidores²⁵.

La causa de tal diferenciación estriba, a nuestro parecer, en que el origen de la mayoría de las propuestas de carácter mediato radica en el ámbito de las ciencias económicas, pretendiendo separarlas de la esfera jurídica, a la que únicamente correspondería establecer las medidas de control directas; no obstante, como hemos indicado, todas las soluciones necesitan de apoyo normativo para su imposición, no bastando con la creación de un determinado modelo²⁶.

Concretando un poco más, los mecanismos *directos* se auspician principalmente por medio del Derecho Público, debido a que descansan en la actuación de los entes públicos, quienes determinan la realización de una conducta concreta para ser respetada y aplicada por los

²⁴ Vid. CRUZ PADIAL, I.: “Cánones: su concreción y sus implicaciones tributarias”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 232, 2002, págs. 67 y ss.

²⁵ Vid.: KRÄMER, L.: “Community Environmental Law-Towards a Systematic Approach”, *Yearbook of European Law*, núm. 11, 1991, pág. 161, quien llega a adjetivar la expresión *instrumentos económicos* como imprecisa.

²⁶ CARBAJO VASCO, D. admite que la “*propia imposibilidad, en muchos casos, de diferenciar entre norma reguladora e intervención económica*” en: “La imposición ecológica en España. El caso de la fiscalidad de las aguas”, *Impuestos*, núm. 21, 1993, pág. 267.

particulares a los que va dirigida; por esta causa, la base jurídica está constituida por disposiciones de carácter administrativo, que comprenden el vehículo habitual de regulación de este sector y de las diferentes actividades a él ligadas.

Como una consecuencia de lo anterior, es preciso desarrollar unos medios de índole coactiva que repriman comportamientos de los particulares tendentes a vulnerar la reglamentación que se disponga²⁷; en definitiva, las medidas represivas –sanciones administrativas y penales– configuran el complemento necesario para dotar de virtualidad práctica a la normativa.

Comenzando por las *medidas administrativas*, debemos partir de un concepto amplio de las mismas, incluyendo todos los instrumentos que persigan de una forma inmediata la adopción de una conducta que se dirija a los fines circulares; así, se han venido distinguiendo, desde el punto de vista de la protección ambiental dos tipos básicos de controles directos: en primer lugar, la fijación de estándares de calidad ambiental, que disponen unos límites de emisión y pureza de los bienes naturales (agua, aire) y, en segundo término, el establecimiento de regulaciones que prescriben el empleo obligatorio de determinados procesos productivos²⁸.

Las normas administrativas dirigidas a ello presentan una estructura jurídica similar a las de carácter penal, puesto que describen una determinada conducta a realizar o a evitar y, en caso de infracción o incumplimiento, se preceptúa la correspondiente consecuencia, en forma de multa o pérdida del derecho a obtener una licencia que ejerza una actividad perjudicial.

La clave, por lo tanto, para diferenciar los métodos directos de los indirectos estriba en la escasa libertad de actuación que se deja al particular en los primeros para alcanzar el resultado buscado por la norma; así, solamente podrá cumplir o no los requisitos que se especifiquen, incurriendo en infracciones si no los respeta, pero sin tener la posibilidad de elegir el modo, como sucede en los segundos.

Para llevar a buen término la actuación directa que mencionamos, las normas deberán formularse con una elevada precisión técnica, hecho que, en algunas ocasiones, dará lugar a una lentitud en la toma de decisiones y, por ende, a una complejidad de interpretación y de puesta en práctica.

Este elenco de medidas de *carácter inmediato* constituye la forma de solución que más profusamente se ha adoptado en los países de nuestro entorno a favor de la naturaleza,

²⁷ La causa de tales conductas se encuentra en los elevados costes que supone cumplir en ocasiones con las regulaciones aprobadas o propuestas que ya hemos visto anteriormente en relación con la Economía Circular. Estas circunstancias afectan a la competitividad de los distintos sujetos; de ahí se desprende el que no exista una voluntad individual de imponerlas, originándose una necesidad de gasto público derivada de la introducción de instrumentos compulsivos. Vid.: MARTINO, A.: *Noi e il fisco. La crescita della fiscalità arbitraria: cause, conseguenze, rimedi*, Studio Tesi, Pordenone, 1987, págs. 61 y ss.

²⁸ Vid.: GONZÁLEZ FAJARDO, F.: “Estrategias reguladoras de política ambiental: controles directos versus impuestos”, *Hacienda Pública Española*, núm. 104, 1987, pág. 165 y BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C.: “Los instrumentos fiscales al servicio de la política del medio ambiente”, en *El sistema tributario de los años 90*, XXXVIII Semana de Estudios de Derecho Financiero, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1994, pág. 219.

reforzándose esta línea por la acción de la Unión Europea. Para que este conjunto de medidas administrativas a que aludimos cumpla con sus objetivos precisa, aparte de la vigilancia y supervisión por los poderes públicos, de un mecanismo represivo adecuado, lo que suscita un problema añadido, cual es el de la proporcionalidad entre la hipotética infracción y su correspondiente sanción²⁹.

A causa de las dificultades de cumplimiento de los objetivos de los métodos directos, la búsqueda de un mecanismo distinto se orienta hacia formas que podemos calificar como más sutiles, mediante las cuales se provocaría una reacción de los productores y consumidores para que adopten las premisas más beneficiosas con la naturaleza.

Por este motivo optamos por la denominación de instrumentos **indirectos o mediatos**, porque no persiguen la imposición inmediata de las conductas, prohibiéndolas o prescribiendo su límite máximo, sino a través de un incentivo ante el que se puede responder o no, dependiendo de la voluntad del particular, al cual le está permitido un mayor índice de discrecionalidad que en relación a los controles directos³⁰.

La base de su formulación se funda en las teorías económicas sobre los bienes públicos, consistentes en la necesidad de que los operadores de los productos contaminantes hagan suyos los costes sociales que generan a la colectividad por los daños ambientales que causan; de esta manera se provocará un cambio en la estructura de gastos de dichos productores que, en cierto modo, afectará a su conducta. Pero, para que las cantidades sean contabilizadas es necesario un estímulo externo que motive otro criterio y que, consecuentemente, vendrá definido por la labor estatal.

Sin embargo, previamente al desarrollo de las técnicas motivadoras y con el fin de evitar que se apliquen de una forma inconexa que podría causar una descoordinación en la obtención de los objetivos circulares, se precisa definir bien las políticas generales a conseguir, de forma que se aporte coherencia y cierta unidad de actuación a los instrumentos fiscales, o de otra naturaleza, a su servicio. Este hecho se está consiguiendo con toda la documentación relativa a la Estrategia para la Economía Circular, tanto en la Unión Europea como en España.

Una vez sentado lo anterior, nos es posible avanzar un poco más, subclasificando los métodos mediatos en virtud de si ocasionan un beneficio o un coste al operador económico; hallamos así dos modalidades de incentivos, en torno a los cuales se agrupa la práctica totalidad de los instrumentos propuestos: los de **carácter positivo y los de naturaleza negativa**³¹. Los

²⁹ Existen múltiples variables que tienen influencia en esta manera de control y, entre ellas, MILLS, E.S. destaca la necesidad de una descentralización en la toma de decisiones, el carácter experimental y flexible de los primeros proyectos puestos en práctica y el acompañamiento de una investigación económica sobre los beneficios y costes de la medida a tomar. (Vid.: “Incentivos económicos en el control de la contaminación atmosférica”, *Hacienda Pública Española*, núm. 21, 1973, pág. 235).

³⁰ La fórmula indirecta indicada en el texto se consolida como medio para alcanzar el objetivo que nos ocupa; así se comprueba de los estudios publicados últimamente como el de SASTRE SANZ, S.: *Instrumentos fiscales para una Economía Circular en España*, Fundación ENT, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2019, en especial, págs. 11 y ss.

³¹ Vid.: CARPENTIER, M.: “Un programme communautaire en matière d’environnement”, *Annuaire Européen*, vol. XIX, 1971, pág. 54.

mecanismos se centran lógicamente en auxilios financieros o gravámenes, todos ellos enmarcados en el ámbito de la actividad financiera del sector público, que se encarga de regularlos y distribuirlos.

En cuanto a las **medidas de carácter positivo o de fomento** las podemos dividir en dos grupos, en razón de su conexión con la esfera del gasto público o de los ingresos públicos; así, en primer lugar, respecto al gasto público, se sitúan las **ayudas y subvenciones públicas** que se conceden a las empresas o particulares para que afronten los costes inherentes a la implantación de los procesos. La subvención se diseñaría en proporción al cumplimiento de los estándares circulares, con lo que el estado de control y vigilancia de los mismos adquiere un carácter fundamental, de modo similar a lo que ocurría con los métodos directos administrativos.

Por el contrario, un exceso en la utilización de este tipo de medidas provocaría una sobrefinanciación que impidiese la correcta motivación de los sujetos, pudiéndose enmascarar bajo la justificación de la circularidad todo tipo de ayudas económicas a favor de determinados sectores.

En segundo término, dentro de los incentivos de carácter positivo, se sitúan las **medidas tributarias**, constituidas principalmente por los **beneficios fiscales**³².

Estos instrumentos son primordialmente las diferentes exenciones establecidas en los tributos sobre la propiedad o la renta, así como las deducciones aplicables por la adquisición y renovación de tecnología, maquinaria o instalaciones que favorezcan el entorno natural.

Otra variante de los beneficios fiscales estaría constituida por la rebaja en el tipo de gravamen aplicable de los tributos que recaen sobre el consumo de los bienes que se reutilicen o reciclen, incitando al adquirente a discriminar entre los que lo realicen y los que no.

Finalmente, también se incluyen en este ámbito las diferentes técnicas de amortización que se admiten desde el punto de vista fiscal, que se encuentran muy próximas a deducciones por adquisición, debido a que permiten una mayor dotación anual a los fondos correspondientes de los bienes implicados.

Del conjunto de posibilidades que hemos indicado se comprueba que se podrá optar por el mecanismo del beneficio fiscal o el de la subvención o ayuda pública; la elección de una u otra categoría dependerá de la política legislativa correspondiente, que deberá tener en cuenta, a nuestro parecer, las ventajas e inconvenientes de cada una³³.

³² Para una excelente visión de la aplicación de estos instrumentos: MAGAUD, N. y FONTANEAU, C.: “Droit fiscal de l’environnement dans différents pays européens”, *Revue Fiscalité Européenne*, núm. 6, 1986, págs. 34 y ss.

³³ En este sentido, CALVO ORTEGA, R. escribe: “*La vieja dialéctica de si estos objetivos estarían mejor servidos por subvenciones se escapa a un planteamiento jurídico y entre en el terreno político y en la comparación de la eficacia y de la conveniencia de distintas técnicas financieras*”. (Vid.: *Curso de Derecho Financiero. I. Derecho Tributario (Parte general)*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1988, pág. 74).

Para el caso de los *beneficios fiscales*, su introducción presenta una mejor adaptabilidad en el ordenamiento tributario al vincularse a un gravamen establecido, si bien sus efectos son más impredecibles y manifiesta una tendencia a perpetuarse, en razón de que el sujeto pasivo se verá beneficiado en la cuantía de la cuota a pagar, sin tener que realizar en la mayoría de los casos una conducta positiva; por el contrario, la *subvención o ayuda* es más eficaz en la consecución de los objetivos que se intentan conseguir, ya que el beneficiario debe cumplir con las condiciones determinadas para el disfrute que se indiquen y tiene un límite temporal de vigencia; en cambio, supone unos costes de gestión muy elevados frente a la figura anterior, al margen de la dificultad de justificación frente a la opinión pública que puede mostrar³⁴.

La segunda modalidad de los medios indirectos está integrada por los de carácter **negativo**, fundados en motivos opuestos a los anteriores. Suponen una carga o un incremento de precio para el productor que no utiliza bien los recursos o introduce en el mercado bienes contaminantes; a través de ello se persigue que limite sus actividades perjudiciales por medio del aumento del coste en desarrollarlas. Estos incentivos buscan provocar la necesidad de adquisición o renovación de inversiones, en virtud del alto precio que deben soportar si no optan por realizar la conducta beneficiosa.

El sistema emplearía diferentes gravámenes que incidirían sobre las actividades perjudiciales y que se pueden combinar con los estímulos positivos a fin de paliar el coste que supone el incremento de la imposición; no obstante, hemos de avanzar que, a nuestro juicio, está solución puede verse obstaculizada por el principio *quien contamina, paga*, propugnado desde foros internacionales como base de las cargas ambientales, ya que dicha máxima entra en abierta confrontación con las ayudas financieras como política general.

Todo lo anterior se puede subsumir en la nota de la instrumentalidad de la actividad financiera de los entes públicos porque los ingresos y los gastos están unidos por un nexo teleológico que implica igualmente una estructura interna de carácter instrumental, cuando se financian los gastos públicos a través de los correspondientes ingresos. Por todo ello, se puede entender que no solo el gasto se erige en el instrumento inmediato para la satisfacción de los objetivos³⁵, sino que, a través de los ingresos se pueden lograr fines semejantes a los obtenidos por aquella vía, cumpliendo las directrices de política económica o la

³⁴ Sobre la caracterización y diferencias entre la exención tributaria y la subvención, vid.: SAINZ DE BUJANDA, F.: “Teoría jurídica de la exención tributaria”, en *Hacienda y Derecho*, vol. III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, págs. 387 y ss; DE LA NUEZ DE LA TORRE, P.: “Estudio jurídico de las exenciones fiscales en el derecho tributario español” y NIEVES BORREGO, J.: “Estudio sistemático y consideración jurídica de la subvención”, en *XI Semana de Estudios de Derecho Financiero*, vol. I, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964, págs. 203 y ss; SOLER ROCH, M.T.: *Incentivos a la inversión y justicia tributaria*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1983, págs. 20 y ss. y ALCALDE HERNÁNDEZ, C.: “La nueva regulación de la gestión de las subvenciones y ayudas públicas”, *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 4, 1991, págs. 87 y ss.

³⁵ Tal y como afirmaba GRIZIOTTI, B.: “*Los ingresos públicos son un medio necesario para los gastos, de donde resultan sólo un medio indirecto para el logro de los fines del Estado*”. (Vid.: “Brevi analisi e sintesi finanziaria. I principi della política finanziaria, la classificazione delle pubbliche entrate, il concetto di imposta”, en *Studi di Scienza delle Finanze e Diritto Finanziario*, vol. II, Giuffrè, Milán, 1956, pág. 136).

redistribución de la renta³⁶. De este modo se ha provocado el entronque de lo funcional en la actividad financiera, no limitándose la Hacienda Pública a suministrar los medios para que la Administración desarrolle sus cometidos, sino también a llevarlos a cabo directamente.

Este creciente intervencionismo provoca que se extienda la nota de instrumentalidad a la tributación dentro del marco constitucional, con lo que se admite plenamente su empleo en fines no fiscales, siempre que se prevean y sean legítimos. En fin, el tributo se contempla por medio de una reinterpretación de la conexión ingreso-gasto, que viene a establecerse en nuestro país, como es bien sabido, a través del art. 31 de la Carta Magna, por la que los ingresos hacen suyos los objetivos en ella incluidos, como la protección ambiental³⁷.

Para terminar este apartado, resta adelantar que, en aras del cumplimiento efectivo del objetivo que se proponen los tributos, no precisan, a nuestro parecer, que su recaudación se afecte a un determinado gasto; ello se deduce fácilmente por su propia razón de ser, dado que se conforman intentando lograr sus funciones sin el auxilio del gasto público, bastando con su efectiva implantación y aplicación para cumplir con su misión³⁸.

3. El reciclaje y la reutilización: medidas tributarias propuestas en este terreno, en especial, el Impuesto Especial sobre los envases de plástico no reutilizables

Podemos afirmar que una de las metas más importantes de la protección ambiental es lograr que los productos vuelvan a ser valorizados y reinsertados en el mercado, una vez terminan su primer uso; en efecto, la reutilización –sin mayores transformaciones– o el reciclaje –con transformación posterior– son los objetivos principales en este ámbito, lo que nos conduce a comprobar la existencia de medidas financieras a su favor.

³⁶ Vid. RODRIGO RUIZ, M.A.: “Consideraciones sobre el concepto de Derecho Financiero”, *Hacienda Pública Española*, núm. 92, 1985, págs. 256 y ss.

³⁷ Ya TIPKE, K. afirmaba que el moderno Derecho Tributario está concebido con una doble finalidad, ya que no sirve exclusivamente a la obtención de recursos, sino que, al mismo tiempo, persigue dirigir la economía. (Vid.: “La Ordenanza Tributaria alemana de 1977”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 14, 1977, pág. 360).

Anteriormente, NEUMARK, F. había deducido ventajas obvias de esta opción; de esta forma, entendía que “*la disminución de ingresos que tiene lugar en los impuestos con fines no fiscales, suele suponer para la Hacienda una carga presupuestaria menor que la que supondría el gasto destinado a lograr esa misma finalidad, y es que, evidentemente, cuando el instrumento impositivo se utiliza de acuerdo con su tradicional fin, se generará un mayor coste, debido a la necesidad que existe de burocracia encargada de recaudar y controlar el destino de los fondos*”. (Vid.: *Problemas económicos y financieros del Estado intervencionista*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964, pág. 158).

³⁸ No obstante, en el terreno de la protección ambiental, en muchas ocasiones la opinión pública y los sujetos pasivos de un hipotético tributo se sentirán más sensibilizados si el producto de la recaudación se aplica efectivamente en una determinada política, si bien ello conllevará los riesgos de limitación presupuestaria propios de la afectación.

Asimismo, para un estudio detenido sobre la viabilidad de la afectación de los tributos en sus diferentes manifestaciones en el ordenamiento, puede consultarse: VICENTE-ARCHE DOMINGO, V.: “Apuntes sobre el instituto del tributo, con especial referencia al Derecho español”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 7, 1975, págs. 450 y ss.

Algunas Comunidades Autónomas en España mantienen gravámenes sobre depósito de residuos en vertederos, que llevan aparejados beneficios fiscales si se reciclan o valorizan los desechos, supuesto que hemos indicado que es del todo encomiable para el fin que tratamos y que muestra el punto de partida de la tributación. Pero es necesario ir un poco más allá, no sólo en el terreno de los estándares administrativos ambientales, como ocurre con los métodos diferenciados de recogida de residuos –con los distintos colores de contenedores, etc.–, sino de aplicar en todo ello una fiscalidad apropiada.

En esta línea, se ha postulado desde el punto de vista de las Haciendas Locales algunas actuaciones de mayor adaptabilidad a la problemática ambiental como se han propugnado desde la Federación Española de Municipios y Provincias que, en febrero de 2019 presentó un Plan de Estrategia Local para la Economía Circular en el que se ponen de manifiesto las propuestas de solución, pero en las que no se tienen en cuenta los aspectos fiscales³⁹.

En consecuencia, y mientras no se desarrolle en el Estado las medidas que se proponen en la nueva Ley de Residuos y Suelos Contaminados solamente está en vigor, en cuanto a gravámenes, el **Impuesto andaluz sobre Bolsas de Plástico de un solo uso**.

Este tributo fue creado por Ley 11/2010, de 3 de diciembre, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad en Andalucía y establece como objetivo disminuir el empleo y comercialización de dichos productos.

Para ello se establece un incentivo fiscal negativo al crear un hecho imponible que recae sobre el suministro de bolsas de plástico por un establecimiento comercial, entendiéndose por tales, las fabricadas con plástico, entregadas a los consumidores en los puntos de venta y destinadas a facilitar el transporte de los productos adquiridos. Con ello trata de influir en las conductas para aumentar el coste del empleo de dichas bolsas que suponen un índice de degradación ecológica muy importante.

En principio, si solamente se diseñara de ese modo el tributo, sería idéntica su forma de actuar al vertido de residuos, pues todo dependería del efecto-sustitución que tuviesen los consumidores, a la hora de emplear otros contenedores para sus compras, que es en lo que incide la carga fiscal. Sin embargo, la norma andaluza prevé una serie de exenciones para las bolsas usadas exclusivamente para contener algunos productos de primera necesidad⁴⁰, para las diseñadas para su reutilización y para las biodegradables⁴¹.

Esta diferenciación introduce un importante matiz de circularidad en la estructura del impuesto, de forma que sí se encuentra un incentivo positivo para implementar una conducta beneficiosa con el entorno natural que repetimos constantemente. Es la dirección adecuada

³⁹ Vid.: FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS: *Estrategia Local de Economía Circular. Hacia una Estrategia Local de Desarrollo Sostenible*, Madrid, 2019, págs. 9 y ss.

⁴⁰ Que son las que contengan pescado y carne fresca y sus derivados frescos, frutas y hortalizas, alimentos cocinados, fríos y calientes, y alimentos congelados.

⁴¹ Más detalle en: RAMOS PRIETO, J.: “El impuesto sobre las bolsas de plástico de un solo uso (IBPSU) de Andalucía”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 327, 2012, págs. 107 y ss.

si se quieren introducir instrumentos fiscales a favor del tema que nos ocupa pues no sólo se aumentan los costes de los productos, sino que también se disminuyen los de los apropiados⁴².

El resto de la estructura del impuesto es la siguiente: el contribuyente es el titular del establecimiento donde se suministren las bolsas en cuestión, con la lógica obligación de repercutir la cuota al consumidor final. Por lo que respecta a su cuantificación se aplica un tipo de gravamen fijo de 5 céntimos por bolsa, sin que se prevea por la norma una afectación específica de su recaudación⁴³.

A nuestro parecer, el tributo andaluz favorece el reciclaje y el uso de las bolsas que tienen el beneficio fiscal indicado, de manera que, para los demás compuestos, se aumenta su coste final de forma que suscite en el consumidor la posibilidad de optar o por no emplear los perjudiciales o sustituirlos por los que sí se reciclan o son menos dañinos⁴⁴. Esta es la línea

⁴² Podemos traer a colación un gravamen existente hace años en Italia muy parecido al analizado en el texto para Andalucía y que se puede considerar incluso un precedente del mismo. Se trataba del **Imposta di Fabbricazione sui Sacchetti di Plastica**, creado en Italia por medio de la Ley 441/1987, de 29 de octubre, posteriormente sustituida por la Ley 475/1988, de 9 de septiembre. Se aplicó desde el 1 de enero de 1989 hasta el 1 de enero de 1994 e introdujo el gravamen con un hecho imponible que consistía en la fabricación o importación de bolsas de plástico no biodegradables que el vendedor minorista proporciona al consumidor. Se consideraban no biodegradables aquellas que tuvieran una cuota inferior al 90 por 100 de tal característica y se suscitaban graves inconvenientes en su aplicación práctica por el fraude generalizado en su recaudación y exigencia, ya que numerosos negocios y supermercados continuaron ofreciendo gratuitamente las bolsas e incumpliendo la normativa sobre entrega y biodegradación. Las dificultades en la prueba de ese porcentaje llevaron a extender, por medio de la Ley 413/1991, de 30 de diciembre, el impuesto a todo tipo de bolsas, independientemente de su naturaleza. Esto nos demuestra cómo es la dirección incorrecta, pues se privaba al gravamen del componente discriminatorio y de concienciación ambiental, lo que condujo a que solamente se tratara de un mayor coste al consumidor sin ningún aliciente y por ello, ante las dificultades indicadas, el impuesto se suprimió por la Ley 427/1993, de 29 de octubre.

Para un estudio detenido de esta figura: ZECCA, E.: “Osservazioni giuridico-economiche sull’imposta di fabbricazione sui sacchetti di plastica istituita dall’articolo 1, comma 8, della legge n. 475/1988”, *Rivista Giuridica dell’ambiente*, núm. 3, 1989, págs. 480 y ss.; SCHMIDT DI FRIEDBERG, P.: “I rifiuti. Subirli o progettarli?”, *Rivista di Scienza della Amministrazione*, núm. 3, 1992, págs. 39 y ss.; FERGOLA, C.: “L’introduzione di “imposte ecologiche” nell’ordinamento italiano”, *Diritto e Pratica Tributaria*, núm. 4, 1992, págs. 1435 y ss.; LAURO, F.: “Imposta Ecologica. La nuova imposta di fabbricazione sui sacchetti di plastica e le sue finalità antinquinamento”, *Nuova Rivista Tributaria*, núm. 3, 1989, págs. 183 y ss. y ALFANO, R.: “L’Italia e i tributi ambientali: il caso dell’imposta di fabbricazione sui sacchetti di plastica”, *Diritto e Pratica Tributaria*, núm. 1, 1997, págs. 50 y ss.

⁴³ La regulación andaluza preveía que desde el año 2019 el gravamen se elevase a 10 céntimos por bolsa, pero no se ha producido dicha alteración por medio de los Presupuestos Generales andaluces para dicho año en atención a la situación económica de la región.

⁴⁴ Sin embargo, en la Comunidad Autónoma de Cantabria esta misma medida tributaria estuvo solo vigente durante el año 2011, pues se suprimió su exigencia en atención a las quejas de los consumidores y usuarios y de los comerciantes de la Región. La causa estaba en la poca información sobre el tema a los mismos y a la escasa relevancia ambiental que se le otorgaba, pues suponían que era solo una excusa para recaudar sin ninguna motivación extra.

Por su parte, en Cataluña se planteó un gravamen similar pero, en vistas de la normativa estatal que exponemos en el texto no se ha llegado a su aprobación. Vid.: ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: “El

adecuada que podría seguirse por parte de los entes públicos en el empleo de instrumentos fiscales a favor de la protección de la naturaleza.

No obstante, es preciso que las medidas de este tenor estén acompañadas de la suficiente publicidad e información para los usuarios y para las empresas; también es necesario que no se confundan con un nuevo coste y así no se interpretaría como una mera licencia para contaminar con afán recaudatorio. Para evitar esa crítica es preciso que se indique claramente los beneficios fiscales al reciclaje y del carácter biodegradable de las bolsas, distinguiéndose perfectamente que se puede evitar el pago si se realizan las conductas apropiadas.

Pero todo lo anterior de la Comunidad Autónoma andaluza y del resto de propuestas regionales debe reconducirse a la luz de la nueva normativa estatal aprobada para el tema, ya que se ha introducido una subida generalizada en el coste de las bolsas de plástico por medio del **Real Decreto 293/2018, de 18 de mayo, sobre reducción del consumo de bolsas de plástico y por el que se crea el Registro de Productores.**

El punto de partida de esta disposición reglamentaria fue el Plan Nacional Integrado de Residuos para el período 2008-2015 que contempló varias medidas para lograr la progresiva sustitución de las bolsas de un solo uso. Entre dichas medidas, destacaba la disminución del 50% de bolsas de un solo uso para 2010, así como el establecimiento de un calendario de sustitución de plásticos no biodegradables o el fomento de acuerdos con los sectores de la distribución para reducir la generación de residuos de bolsas de un solo uso y promover el uso de bolsas reutilizables en comercios y grandes superficies y sustitución de las bolsas de plástico de un solo uso no biodegradables por bolsas de material biodegradable. Por su parte, la Disposición Adicional Segunda de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, obliga a las administraciones públicas a adoptar las medidas necesarias para promover los sistemas más sostenibles de prevención, reducción y gestión de los residuos de bolsas comerciales de un solo uso de plástico no biodegradable y sus alternativas, incluidas las acciones correspondientes a la condición de la administración como consumidor, a través de las compras públicas.

Posteriormente, el Programa Estatal de Prevención de Residuos 2014-2020, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de diciembre de 2013, incluye como área prioritaria los envases, en la que se mencionan algunas medidas específicas relativas a la reducción del consumo de bolsas de plástico. Asimismo, el Plan Estatal Marco de Gestión de Residuos 2016-2022, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de noviembre de 2015, en su capítulo de envases y residuos de envases, incluye también información y objetivos sobre las bolsas de plástico.

Todo ello conduce, desde la aprobación y puesta en marcha del Plan Nacional Integrado de Residuos 2008-2015, de la Ley 22/2011, de 28 de julio, y de los posteriores instrumentos de programación y planificación en materia de residuos, a afirmar que son muchas las medidas que han adoptado las administraciones públicas y el sector de la distribución para reducir el consumo de este tipo de envases: acuerdos voluntarios, campañas de sensibilización,

impuesto catalán sobre las bolsas de plástico: ¿un tributo nonato?, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 308, 2010, págs. 3 y ss.

establecimiento de impuestos, fomento del uso de bolsas permanentes, fijación de un , precio, entre otras⁴⁵.

Por lo tanto, de acuerdo a la cobertura legal de dicha Ley, el art. 4 del Real Decreto puso en marcha las siguientes medidas para reducir el consumo de bolsas de plástico:

A partir del 1 de julio de 2018 se prohibió la entrega gratuita a los consumidores de bolsas de plástico en los puntos de venta de bienes o productos, a excepción de las bolsas de plástico muy ligeras y de las bolsas de plástico con espesor igual o superior a 50 micras con un porcentaje igual o mayor al 70% de plástico reciclado. En el caso de la excepción para las de un espesor igual o superior a 50 micras, los comerciantes deberán disponer de documentación proporcionada por el fabricante que acredite dicho porcentaje. Se cobra una cantidad, por cada bolsa que se proporcione al consumidor y para determinar el precio de las mismas se toman en consideración una serie de orientaciones incluidas en el Anexo I⁴⁶ del Real Decreto.

Con el fin de publicitar esta medida, se preveía en dicho art. 4 que los comerciantes informarán a los consumidores de los precios establecidos, exponiéndolos al público en un lugar visible e incluyendo una referencia al cumplimiento de las obligaciones contenidas en los apartados anteriores.

Desde el 1 de enero de 2020 se prohibió también la entrega a los consumidores, en los puntos de venta de bienes o productos, de bolsas de plástico fragmentables y las de espesor igual o superior a 50 micras contendrán un porcentaje mínimo del 50% de plástico reciclado.

Finalmente, a partir del 1 de enero de 2021 se prohíbe la entrega de bolsas de plástico ligeras y muy ligeras al consumidor en los puntos de venta de bienes o productos, excepto si son de plástico compostable. Los comerciantes podrán optar también por otros formatos de envase para sustituirlas⁴⁷.

⁴⁵ Vid. los comentarios críticos a este Real Decreto de GÓMEZ, L.: “Comentario sobre el Proyecto de Real Decreto sobre reducción del consumo de bolsas de plástico”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 66, 2017, págs. 50 y ss.; BLASCO HEDO, E.: “Real Decreto 293/2018, de 18 de mayo, sobre reducción del consumo de bolsas de plástico y por el que se crea el Registro de Productores”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 80, 2018, págs. 92 y ss. y LOZANO CUTANDA, B. y POVEDA GÓMEZ, P.: “Real Decreto 293/2018 sobre reducción del consumo de bolsas de plástico”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 80, 2018, págs. 80 y ss.

⁴⁶ El mismo indica: “Precio orientativo de las bolsas de plástico en función de su espesor: Bolsas de espesor inferior a 15 micras destinadas a usos diferentes a los enumerados en la definición de bolsas muy ligeras del artículo 3 d): 5 céntimos de euro/bolsa. Bolsas de espesor comprendido entre las 15 y las 49 micras: 15 céntimos de euro/bolsa. Bolsas de espesor igual o superior a las 50 micras: 15 céntimos de euro/bolsa. Bolsas de espesor igual o superior a 50 micras, con contenido igual o superior a 50% de plástico reciclado pero inferior al 70%: 10 céntimos de euros/bolsa”.

⁴⁷ A efectos de la correcta interpretación de los conceptos indicados en el texto, el Real Decreto, en su art. 3, aclara las definiciones que se entienden por tales: “Además de las definiciones contenidas en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases, y en el Real Decreto 782/1998, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 11/1997, de 24 de abril, a efectos de lo dispuesto en este real decreto se entenderá por:

También se advierte que las disposiciones indicadas afectan tanto a las bolsas de plástico que se entreguen en los puntos de venta de bienes o productos como a las que puedan suministrarse en la venta online, así como a las entregadas a domicilio. Se excluyen los sobres de plástico empleados para las ventas a distancia, si bien éstos deberán ser considerados envases si cumplen con su definición.

Todo esto conduce a una subida generalizada del precio de estos productos en los puntos de venta a los consumidores y la prohibición de entrega gratuita de ese tipo de bolsas, al mismo tiempo de la propia prescripción de usar algunas variantes. Además, a todo ello hay que aumentar el Impuesto sobre el Valor Añadido correspondiente, pues se consideran bienes finales que en ningún caso están exentos por la normativa del gran tributo indirecto.

Nuestra opinión al respecto de esta medida reglamentaria no es del todo clara en cuanto a la circularidad, pues se está introduciendo una subida de precios que se traduce en un aumento de los costes de producción del empresario, pero que no redundan en un ingreso para las arcas públicas, pues no se trata de una recaudación impositiva. Desde este punto de vista, consiste en un precio privado que se ha de aumentar por el propio vendedor en atención a lo que él mismo paga por el empleo de las bolsas indicadas, de forma que el incentivo económico se sitúa solo en dicha esfera, al margen de la actuación pública, salvo en lo relativo a la inscripción en el correspondiente Registro y el suministro de información de los operadores a la Administración.

-
- a) *«plástico»: un polímero en el sentido del artículo 3.5, del Reglamento (CE) n.º 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, al que pueden haberse añadido aditivos u otras sustancias, y que puede constituir un componente estructural principal de las bolsas;*
 - b) *«bolsas de plástico»: bolsas, con o sin asa, hechas de plástico, proporcionadas a los consumidores en los puntos de venta de bienes o productos, lo que incluye la venta online y la entrega a domicilio;*
 - c) *«bolsas de plástico ligeras»: bolsas de plástico con un espesor inferior a 50 micras;*
 - d) *«bolsas de plástico muy ligeras»: bolsas de plástico con un espesor inferior a 15 micras, que son necesarias por razones de higiene, o que se suministran como envase primario para alimentos a granel, como fruta, legumbre, carne, pescado, entre otros, cuando su uso contribuye a prevenir el desperdicio de estos alimentos;*
 - e) *«bolsas de plástico fragmentable»: bolsas de plástico fabricadas con materiales plásticos que incluyen aditivos que catalizan la fragmentación del material plástico en microfragmentos. Se incluye en el concepto de plástico fragmentable tanto el plástico oxofragmentable como el fotofragmentable, el termofragmentable y el hidrofotofragmentable;*
 - f) *«bolsas de plástico compostables»: bolsas de plástico que cumplan los requisitos de la norma europea vigente EN 13432:2000 «Envases y embalajes. Requisitos de los envases y embalajes valorizables mediante compostaje y biodegradación. Programa de ensayo y criterios de evaluación para la aceptación final del envase o embalaje» y en sus sucesivas actualizaciones, así como las bolsas de plástico que cumplan los estándares europeos o nacionales de biodegradación a través de compostaje doméstico;*
 - g) *«fabricante de bolsa de plástico»: aquél que ponga en el mercado nacional bolsas de plástico terminadas. Tendrán también la condición de fabricantes los importadores de bolsas de plástico terminadas».*

En consecuencia, no se trata de una medida de financiación pública dirigida al reciclaje o reutilización del plástico contenido en dichos bienes, ya que es una nueva medida de estándar ambiental, acompañada de las correspondientes prohibiciones y con la novedad del aumento de los precios.

Para terminar con las medidas favorables al reciclaje y la reutilización de residuos, resta mencionar las propuestas, ahora sí, de tributos que se contienen en el **Anteproyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados**.

En el mismo se prevé la creación de un **Impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables**, cuya entrada en vigor está prevista para el 1 de julio de 2021.

Las líneas maestras del nuevo gravamen son las siguientes:

Se define de naturaleza indirecta y recae sobre la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de los envases de plástico no reutilizable que vayan a ser objeto de introducción en el mercado español. También está sujeta al impuesto la introducción irregular en territorio español de estos productos. El sujeto pasivo será quien realice las referidas operaciones.

No estarán sujetas al impuesto las adquisiciones intracomunitarias ni las importaciones de envases de plástico no reutilizables realizadas con fines particulares, cuando el peso de los mismos no exceda de 5 kilogramos, con el fin de evitar problemas fronterizos.

La cuota se calcula aplicando un tipo de 0,45 euros por kilogramo de plástico contenido en los envases sometidos a tributación; con la finalidad de fomentar el reciclaje de estos productos, se establece que los fabricantes podrán reducir la base imponible en la cantidad de plástico incorporado al proceso de fabricación que provenga del reciclado de materiales utilizados en el territorio de aplicación. Para ello será necesaria la correspondiente certificación del gestor de residuos proveedor del plástico incorporado, con lo que se aumentan así los deberes de gestión de las empresas y empresarios en aras de una correcta implementación ecológica del gravamen⁴⁸.

A nuestro parecer, el tributo cumple con lo mínimo que venimos comprobando que es necesario para ayudar a la protección ambiental, pues no solo se tienen en cuenta los mecanismos apropiados de reciclaje y reutilización de los plásticos gravados, sino que se introduce una motivación extra para que se pague menos carga fiscal si se realizan las conductas pertinentes. Como en el caso de los costes de las bolsas de plástico del Real Decreto 293/2018, se aumentan los deberes formales del vendedor que entrega sus productos envueltos o contenidos en los plásticos, con lo que es esencial que los elementos de cuantificación sean coherentes con el fin perseguido; en efecto, si se trata de motivar al empresario para que reduzca los materiales dañinos, es necesario que el coste de los mismos

⁴⁸ Los primeros análisis sobre esta propuesta impositiva se han realizado por CASAS I RONDONÍ, M.: “El futuro impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables”, *Diario La Ley*, núm. 9658, 2020, págs. 1 y ss. y RENIEBLAS DORADO, P.: “Análisis del borrador del Impuesto Especial sobre los envases de plástico no reutilizables”, *Carta Tributaria*, núm. 64, 2020, págs. 2 y ss.

sea lo suficientemente importante para que le resulte más económico invertir en los compuestos beneficiosos que en los perjudiciales. De no ser así, se suscitaría el riesgo de que se pagase por el impuesto y se continuase degradando la naturaleza, del modo que volveríamos a hallarnos ante *licencias para contaminar*. Son los métodos de seguimiento que se arbitren por los poderes públicos los esenciales para contrastar lo antedicho.

Junto a la propuesta del Impuesto sobre Envases de Plástico, el Anteproyecto citado contempla otra disposición fiscal que prevé modificar el artículo 24 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales para introducir la posibilidad de que los ayuntamientos establezcan una **bonificación de hasta un 95% de la cuota íntegra** de las tasas o, en su caso, de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario, que se exijan por la **prestación del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos**. La medida se prevé para aquellas empresas de distribución alimentaria y de restauración que tengan establecidos, en colaboración con entidades de economía social carentes de ánimo de lucro, sistemas de gestión que reduzcan de forma significativa y verificable el desperdicio de alimento. La norma se remite a las ordenanzas fiscales municipales correspondientes para especificar los aspectos sustantivos y formales de esta bonificación.

La medida no se dirige directamente al reciclaje o reutilización de residuos sólidos urbanos, sino a evitar el despilfarro de alimentos que se abandonan en los mismos. De esta forma, además, se necesita que existan esos convenios de colaboración con entidades no lucrativas para que así los excedentes se lleven a los sectores sociales desfavorecidos. Por lo tanto, no se trata de medidas fiscales a favor de la naturaleza, sino de carácter de protección social, si bien, se trataría de impedir un aumento de desechos abandonados que, en cierto modo, vuelven al circuito alimentario⁴⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- Albiñana García-Quintana, C.: “Los impuestos de ordenamiento económico”, *Hacienda Pública Española*, núm. 71, 1981.
- Alcalde Hernández, C.: “La nueva regulación de la gestión de las subvenciones y ayudas públicas”, *Presupuesto y Gasto Público*, num. 4, 1991.
- Alfano, R.: “L’Italia e i tributi ambientali: il caso dell’imposta di fabbricazione sui sacchetti di plastica”, *Diritto e Pratica Tributaria*, núm. 1, 1997.
- Alias Cantón, M.: “De las exacciones parafiscales a las prestaciones patrimoniales de carácter público”, *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2018.
- Alonso González, L.M.: *Los impuestos autonómicos de carácter extrafiscal*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- Alonso González, L.M.: “El impuesto catalán sobre las bolsas de plástico: ¿un tributo nonato?”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 308, 2010.

⁴⁹ Para una visión general del tema, vid.: DELGADO ALFARO, M.J.: “La nueva Directiva 2008/98/CE de residuos y su transposición. Anteproyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados”, *Revista Técnica de Medio Ambiente*, núm. 147, 2010, págs. 8 y ss.

- Beltrán de Felipe, M. y Canosa Usera, R.: “Relevancia constitucional del medio ambiente”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 122, 1995.
- Berliri, A.: *Principios de Derecho Tributario*, Traducción, Estudio preliminar y Notas de F. Vicente-Arche Domingo, vol. I, Editorial Derecho Financiero, Madrid, 1964.
- Blasco Hedro, E.: “Real Decreto 293/2018, de 18 de mayo, sobre reducción del consumo de bolsas de plástico y por el que se crea el Registro de Productores”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 80, 2018.
- Botella García-Lastra, C.: “Los instrumentos fiscales al servicio de la política del medio ambiente”, en *El sistema tributario de los años 90*, XXXVIII Semana de Estudios de Derecho Financiero, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1994.
- Buñuel González, M.: “El uso de instrumentos fiscales en la política de medio ambiente. Teoría, práctica y propuesta preliminar para España”, *Papeles de trabajo sobre medio ambiente y economía*, núm. 1, 2002.
- Calvo Ortega, R.: *Curso de Derecho Financiero. I. Derecho Tributario (Parte general)*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1988.
- Carbajo Vasco, D.: “La imposición ecológica en España. El caso de la fiscalidad de las aguas”, *Impuestos*, núm. 21, 1993.
- Carpentier, M.: “Un programme communautaire en matière d’environnement”, *Annuaire Européen*, vol. XIX, 1971.
- Casado Ollero, G.: “Los fines no fiscales de los tributos”, en la obra homenaje a Fernando Sainz de Bujanda: *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991.
- Casado Ollero, G.: “Los fines no fiscales de los tributos”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 213, 1991.
- Casas i Rondoní, M.: “El futuro impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables”, *Diario La Ley*, núm. 9658, 2020.
- Cors Meya, F.J.: “Calificación de los cánones sobre el agua”, *Revista de Hacienda Autonómica y Local*, núm. 67, 1993.
- Cruz Padial, I.: “Cánones: su concreción y sus implicaciones tributarias”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 232, 2002.
- De la Nuez de la Torre, P.: “Estudio jurídico de las exenciones fiscales en el derecho tributario español”, en J. Nieves Borrego: “Estudio sistemático y consideración jurídica de la subvención”, en *XI Semana de Estudios de Derecho Financiero*, vol. I, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964.
- Delgado Alfaro, M.J.: “La nueva Directiva 2008/98/CE de residuos y su transposición. Anteproyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados”, *Revista Técnica de Medio Ambiente*, núm. 147, 2010.
- Escribano Collado, P.: “Ordenación del territorio y medio ambiente en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española*, homenaje al profesor García de Enterría, tomo IV, Civitas, Madrid, 1991.
- Federación Española de Municipios y Provincias: *Estrategia Local de Economía Circular. Hacia una Estrategia Local de Desarrollo Sostenible*, Madrid, 2019.

- Fergola, C.: “L’introduzione di “imposte ecologiche” nell’ordinamento italiano”, *Diritto e Pratica Tributaria*, núm. 4, 1992.
- Gaffuri, F.: *L’attitudine alla contribuzione*, Giuffrè, Milán, 1969.
- García Añoveros, J.: “Desarrollo económico y ordenamiento jurídico”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 44, 1961.
- Gómez, L.: “Comentario sobre el Proyecto de Real Decreto sobre reducción del consumo de bolsas de plástico”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 66, 2017.
- González Fajardo, F.: “Estrategias reguladoras de política ambiental: controles directos versus impuestos”, *Hacienda Pública Española*, núm. 104, 1987.
- Griziotti, B.: “L’imposta come istituto della finanza fiscale e della finanza extra-fiscale”, en *Finanza pubblica contemporanea*, Giurisprudenza Laterza de Figli, Bari, 1950.
- Griziotti, B.: *Saggi sur rinnovamento dello studio della scienza delle finanze e del diritto finanziario*, Giuffrè, Milán, 1953.
- Griziotti, B.: “Brevi analisi e sintesi finanziaria. I principi della política finanziaria, la classificazione delle pubbliche entrate, il concetto di imposta”, en *Studi di Scienza delle Finanze e Diritto Finanziario*, vol. II, Giuffrè, Milán, 1956.
- Herrera Molina, P.M. y Serrano Antón, F.: “Aspectos constitucionales y comunitarios de la tributación ambiental”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 83, 1994.
- Krämer, L.: “Community Environmental Law-Towards a Systematic Approach”, *Yearbook of European Law*, núm. 11, 1991.
- Lauro, F.: “Imposta Ecologica. La nuova imposta di fabbricazione sui sacchetti di plastica e le sue finalità antinquinamento”, *Nuova Rivista Tributaria*, núm. 3, 1989.
- Lejeune Valcárcel, E.: “Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria”, en *Seis estudios sobre Derecho constitucional e internacional tributario*, Edersa, Madrid, 1980.
- Lozano Cutanda, B. y Poveda Gómez, P.: “Real Decreto 293/2018 sobre reducción del consumo de bolsas de plástico”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 80, 2018.
- Mateo Rodríguez, L.: *La Tributación Parafiscal*, Colegio Universitario de León, León, 1978.
- Mateu Istúriz, J.F.: “La potestad tributaria de las Comunidades Autónomas y los nuevos tributos. El impuesto sobre aguas residuales”, en *Organización Territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, 1984.
- Magaud, N. y Fontaneau, C.: “Droit fiscal de l’environnement dans différents pays européens”, *Revue Fiscalité Européenne*, núm. 6, 1986.
- Martín Mateo, R.: “La obligación ambiental del sector público”, en *España en la Europa comunitaria: balance de diez años*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.
- Martino, A.: *Noi e il fisco. La crescita della fiscalità arbitraria: cause, conseguenze, rimedi*, Studio Tesi, Pordenone, 1987.
- Micheli, G.A.: “Profili critici in tema di potestà di imposizione”, *Rivista di Diritto Finanziario e Scienze delle Finanze*, 1964-I.
- Mills, E.S.: “Incentivos económicos en el control de la contaminación atmosférica”, *Hacienda Pública Española*, núm. 21, 1973.

- Neumark, F.: *Problemas económicos y financieros del Estado intervencionista*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964.
- Neumark, F.: *Principios de la Imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974.
- Parravicini, G.: *Scienza delle Finanze. Principi*, 2ª ed., Giuffrè, Milán, 1975.
- Pascual Núñez, M.: “La tramitación de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética en tiempos del COVID-19”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 101, 2020.
- Pérez De Ayala, J.L.: “Nota sobre la naturaleza jurídica del canon establecido por el servicio municipal de aguas”, *Revista Española de Hacienda Local*, núm. 12, 1974.
- Pérez Moreno, A.: “Instrumentos de tutela ambiental”, Ponencia presentada al *I Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, BOE, Madrid, 1995.
- Puebla Agramunt, N.: Entiende que el adjetivo extrafiscal puede llegar a anular el tributo: “Los tributos con fines no fiscales”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 183, 1998.
- Pugliese, M.: *La finanza e i suoi compiti extrafiscali negli stati moderni*, Cedam, Padua, 1932.
- Ramos Prieto, J.: “El impuesto sobre las bolsas de plástico de un solo uso (IBPSU) de Andalucía”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 327, 2012.
- Renieblas Dorado, P.: “Análisis del borrador del Impuesto Especial sobre los envases de plástico no reutilizables”, *Carta Tributaria*, núm. 64, 2020.
- Rodrigo Ruiz, M.A.: “Consideraciones sobre el concepto de Derecho Financiero”, *Hacienda Pública Española*, núm. 92, 1985.
- Rosembuj, T.: *El tributo Ambiental*, PPU, Barcelona, 1994.
- Sainz de Bujanda, F.: “Organización política y Derecho Financiero”, en *Hacienda y Derecho*, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.
- Sainz de Bujanda, F.: “Teoría jurídica de la exención tributaria”, en *Hacienda y Derecho*, vol. III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- Sánchez Pedroche, J.A.: “La tributación ambiental. ¿Solo un tema de moda?”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 242, 1996.
- Sastre Sanz, S.: *Instrumentos fiscales para una Economía Circular en España*, Fundació ENT, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2019.
- Schmidt di Friedberg, P.: “I rifiuti. Subirli o progettarli?”, *Rivista di Scienza della Amministrazione*, núm. 3, 1992.
- Simón Acosta, E.: “Consideraciones acerca del canon sobre la producción de energía eléctrica”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 32, 1981.
- Soler Roch, M.T.: *Incentivos a la inversión y justicia tributaria*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1983.
- Tejerizo López, J.M.: “Notas críticas sobre los beneficios tributarios a la inversión”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 11, 1976.
- Tipke, K.: “La Ordenanza Tributaria alemana de 1977”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 14, 1977.
- Vaquera García, A.: *El Coste de la Guerra*, Eolas, León, 2015.
- Vega Herrero, M.: *Las contribuciones especiales en España*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1975.

Vicente-Arche Domingo, V.: “Apuntes sobre el instituto del tributo, con especial referencia al Derecho español”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 7, 1975.

Yebra Martul-Ortega, P.: “Comentarios sobre un precepto olvidado: el artículo cuarto de la LGT”, *Hacienda Pública Española*, núm. 32, 1975.

Zecca, E.: “Osservazioni giuridico-economiche sull’imposta di fabbricazione sui sacchetti di plástica istituita dall’articolo 1, comma 8, della legge n. 475/1988”, *Rivista Giuridica dell’ambiente*, núm. 3, 1989.

El derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada y su apoyo por el ordenamiento tributario

Carlos Carbajo Nogal

Profesor Asociado de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de León. ccarn@unileon.es

Recibido
7 enero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE
Beneficios fiscales;
Fiscalidad de la vivienda; Vivienda vacía; Derecho fundamental.

KEYWORDS
Fiscal benefits;
Housing taxation;
Empty house;
Fundamental right.

Resumen

La Constitución de 1978 en su Título I, dedicado a los derechos y deberes fundamentales, consagra en el artículo 47 el derecho de todos a «disfrutar de una vivienda digna y adecuada», objetivo que puede alcanzarse introduciendo diferentes medidas en los ordenamientos tributarios estatal, autonómico y local que, como analizaremos, utilizan distintos beneficios fiscales en sus figuras impositivas para este fin. Asimismo, un tratamiento fiscal desincentivador de la vivienda vacía puede potenciar alcanzar este propósito.

The constitutional right to enjoy decent and adequate housing and its support by the tax system

Abstract

Title I of the 1978 Constitution, dedicated to fundamental rights and duties, enshrines in article 47 the right of everyone to "enjoy a decent and adequate home", an objective that can be achieved by introducing different measures in the state and regional tax laws and local that, as we will analyze, use different tax benefits in their tax figures for this purpose. Likewise, a disincentive tax treatment for empty homes can help achieve this end.

I. Introducción – II. Una aclaración necesaria: los regímenes de tenencia – III. Incentivos fiscales a la adquisición o alquiler de viviendas: 1. Beneficios fiscales a la compra de vivienda; 2. Tratamiento fiscal beneficioso al alquiler de vivienda: 2.1. Beneficios fiscales aplicables a los propietarios arrendadores; 2.2. Beneficios fiscales aplicables a los arrendatarios – IV. Desincentivos fiscales que afectan a las viviendas desocupadas – Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de los objetivos fundamentales que persigue el Estado del bienestar que diseña la Constitución de 1978, el acceso a la vivienda se ha convertido en un problema clave para la sociedad. Como reflejo de ello, nuestro Texto Constitucional, en su Título I, dedicado a los derechos y deberes fundamentales, consagra en el artículo 47 el derecho de todos a «disfrutar de una vivienda digna y adecuada» lo que supone un reconocimiento expreso de la importancia que adquiere la vivienda en nuestro ordenamiento jurídico como el lugar en el que cada ciudadano desarrolla su vida personal, familiar y afectiva; el acceso a unas condiciones habitacionales dignas se convierte en un objetivo central en las conquistas sociales¹, vinculado necesariamente a las condiciones materiales de la existencia de la persona².

El mismo precepto constitucional contiene un mandato a los poderes públicos para que promocionen el acceso a la vivienda, facilitando las condiciones necesarias y estableciendo la normativa pertinente en aras a conseguir este objetivo³. En definitiva, la eficacia que llegue a tener este derecho constitucional dependerá de la acción de los poderes públicos.

Entendido que el acceso a una vivienda es un tema muy sensible que afecta a la totalidad de la población, esta cuestión tiene importantes implicaciones no sólo económicas y jurídicas, sino también sociológicas y políticas⁴. Y todavía más en un tiempo como el actual en el que, aunque parecía haberse superado la situación de crisis económica de los últimos años, el COVID-19 y el confinamiento obligado de la población la primavera pasada han demostrado la importancia de hacer efectivo y real este derecho para todos los ciudadanos.

Desde luego, la solución a este problema no va a ser fácil y, no puede venir de la mano de un sólo ámbito de actuación ni de un sólo nivel de gobierno. Es precisamente aquí donde el Derecho financiero se convierte en fuente de soluciones para lograr la efectividad de este derecho, y ello tanto desde el punto de vista de los ingresos públicos en lo que afecta a la tributación de la vivienda, como desde la perspectiva de las políticas de gasto público que llevan a cabo las diferentes Administraciones.

¹ Como derecho social se inserta en la categoría de la llamada “tercera generación de derechos” que reflejan, clarísimamente las conquistas sociales que se han logrado para la ciudadanía y que van más allá de los derechos tradicionales (Cfr. GREPPI, A.: “Los nuevos y los viejos derechos fundamentales”, *Derechos y libertades*, núm. 7, 1999, págs. 283 y ss.). No obstante, hay quien señala también que no estamos en presencia de un derecho, sino un mero mandato a los poderes públicos, eso sí, base del ejercicio de otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad personal y familiar a la inviolabilidad del domicilio... etc. (Vid. BELTRÁN DE FELIPE, M.: “Sinsentidos y paradojas de la vivienda”, *Congreso Internacional: Municipia Siglo XXI, Ciudadanía y Gobierno Local*, nov. 2004).

² HERRANZ CASTILLO, R.: “Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución”, *La Ley*, núm. 5823, 2003, págs. 1 a 4.

³ Para PECES BARBA los derechos sociales, entre los que se encuentra el de acceso a la vivienda, suponen deberes para los poderes públicos que no encuentran derechos correlativos que supongan ventajas o beneficios directos para los sujetos individuales. (Vid. AAVV: *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general.*, Ed. Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995, pág. 369).

⁴ GARCÍA VAQUERO, V. y MARTÍNEZ, J.: *Fiscalidad de la vivienda en España*, núm. 506, Occasional Papers from Banco de España, que puede consultarse en Occasional Papers Homepage.

Precisamente la potencialidad que tiene nuestra rama del Derecho y, muy en particular, la relación entre la fiscalidad y la vivienda pretende centrar nuestras consideraciones en las que haremos un repaso de cómo los poderes públicos utilizan el ordenamiento tributario, a través de determinadas medidas y mecanismos, para preservar la finalidad última de garantizar el acceso de la ciudadanía al disfrute de una vivienda digna y adecuada.

Cierto es que no facilita conocer el estado de la cuestión la dispersión normativa existente que nos obliga a adentrarnos, siquiera someramente, en las medidas tributarias adoptadas por los tres niveles territoriales, el Estado, las Comunidades autónomas (en adelante, CCAA) y las Corporaciones locales (en adelante, CCLL); y ello no sin antes reflexionar acerca del verdadero contenido de este derecho constitucional que se enmarca en el carácter social de nuestro Estado de Derecho.

II. UNA ACLARACIÓN NECESARIA: LOS RÉGIMENES DE TENENCIA

Antes de analizar cómo el ordenamiento fiscal colabora con efectividad en que los ciudadanos consigan el derecho constitucional de “*disfrutar de una vivienda digna y adecuada*”, debemos reflexionar acerca de los regímenes de tenencia de la vivienda que existen en nuestro país⁵ en el que, tradicionalmente, ha habido una endémica preferencia de los españoles por el régimen de propiedad⁶.

Es importante destacar que desde el momento en que la Constitución en su artículo 1.1 define nuestro Estado como un Estado social, impone a los poderes públicos dotar de contenido a sus obligaciones con sus ciudadanos, entre las que nos interesa destacar especialmente la necesidad de avanzar en el establecimiento de mecanismos de protección y satisfacción del derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada que, además, se convierte en la base del cumplimiento de otros derechos constitucionales fundamentales.

No obstante, el acceso a una vivienda digna se enmarca en un contexto muy complejo en el que inciden toda una serie de factores determinantes que van desde el elevado precio de la vivienda, al retroceso en la disponibilidad económica de muchas familias por la situación de crisis económica –más ahora en las actuales circunstancias derivadas de la pandemia– o a la inexistencia de un parque de viviendas en alquiler –o al menos en número suficiente–; por si fuera poco a lo anterior se une la existencia de un gran número de viviendas desocupadas.

⁵ Sobre las variables que inciden en los regímenes de tenencia de la vivienda desde el punto de vista económico puede verse RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.E.: *Análisis de las decisiones de tenencia y demanda de vivienda en España*. Tesis Doctoral, Curso 2005-2006. Servicio de publicaciones de la Universidad de la Laguna.

⁶ Cfr. ADAME MARTÍNEZ, P., CASTILLO MANZANO, J.I., LÓPEZ VALPUESTA, L.: “El Sector Público y la Inversión en vivienda: la deducción por inversión en vivienda habitual en España”, *Documentos IEF*, núm.17/04, IEF, 2004. Para el análisis de la evolución de los regímenes de tenencia en España en las últimas décadas remitimos a CARBAJO NOGAL, C.: *La fiscalidad de la vivienda en España: efectos jurídicos y económicos*, Universidad de Burgos, 2014, Cap. y también en “Cincuenta años de política fiscal en materia de vivienda”, *Pecunia: Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de León*, núm. 14, 2012, págs. 169 y ss.

Todas estas circunstancias contribuyen a que la garantía que puedan ofrecer los poderes públicos el cumplimiento efectivo del artículo 47 de la CE no sea fácil, necesitando a medio y largo plazo de soluciones que conciten la colaboración de todos, ciudadanos y administraciones.

Y todo ello partiendo de la idea esencial de que el derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada no se corresponde con el derecho a la propiedad de ésta última⁷, también especialmente protegido en el artículo 33 de la CE y pese a que en nuestro país sea el modelo mayoritariamente elegido. El artículo 47 de la CE es un garante, con independencia del título jurídico que los fundamente, idea que es importante para enjuiciar con fundamento las medidas fiscales adoptadas con el fin de coadyuvar a este derecho.

Esto implica que desde el punto de vista del ordenamiento tributario deban establecerse fórmulas que potencien todos los posibles regímenes de tenencia, y no solo la propiedad, como venía siendo lo más habitual al menos hasta que la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica estableciera en su Título II un régimen destinado al fomento del arrendamiento de viviendas, que dotó de un régimen específico a los inmuebles en alquiler para, según su Exposición de Motivos, «*dar respuesta a la acuciante demanda social de contar con un parque asequible de viviendas en alquiler, para facilitar así la movilidad geográfica de los trabajadores y el acceso a la vivienda de jóvenes e inmigrantes*».

En la misma línea y en fecha similar se introduce en el impuesto de sociedades el régimen especial de entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas que en su momento supuso un importante incentivo para que aquellas empresas que optaban por el arrendamiento como fórmula de explotación de los inmuebles, en unas condiciones que pretendían claramente facilitar el acceso a la vivienda de los colectivos menos favorecidos.

Con posterioridad, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado de 2010⁸, y la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible⁹ llevaron a cabo, al menos en teoría, la total equiparación del tratamiento fiscal de la deducción por alquiler respecto de la deducción por inversión en vivienda, y ello sin olvidar el impulso que supuso a la política de alquiler mejorar el tratamiento fiscal de las rentas obtenidas por los arrendadores de inmuebles.

La desaparición de la deducción por compra de primera vivienda en el IRPF, que solo persiste de forma transitoria para las adquiridas antes de 2013, parece desincentivar el régimen de compra; no obstante, esta situación se equilibra por algunas Comunidades autónomas

⁷ Mantiene GARCÍA NOVOA que “*lo que se está queriendo garantizar, porque del texto constitucional se deduce un interés colectivo a ello, no es la vivienda en sentido físico, como objeto de propiedad, sino la vivienda entendida como “acción de alojarse”. Este interés colectivo debe traducirse en una orientación de la actuación de los poderes públicos tendente a la satisfacción de los intereses individuales sobre los bienes inmuebles o, lo que es lo mismo, en la garantía de las facultades de aprovechamiento de los bienes inmuebles en que el derecho a la vivienda consiste*” (Cfr. GARCÍA NOVOA, C.: “Tratamiento fiscal de la vivienda y derecho del usufructo en el IRPF”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 230, 1994, pág. 274).

⁸ BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2009.

⁹ BOE, núm.55 de 5 de marzo de 2011.

aprobando incentivos fiscales a la compra o rehabilitación de viviendas¹⁰, pero no es una medida que se adopte con generalidad.

No acaba aquí la actuación del legislador estatal sino que en 2015 reforma de nuevo el IRPF mediante la Ley 26/2014, de 27 de noviembre¹¹, que minora el régimen de estímulos tributarios que estaban previstos con respecto a la tenencia de la vivienda habitual, en concreto, modificando la deducción por alquiler de la vivienda habitual, la reducción de los rendimientos inmobiliarios que se aplican los propietarios por la vivienda en alquiler y el régimen de exención de las ganancias patrimoniales por la venta de la vivienda habitual¹².

En años posteriores, también se han retocado otros impuestos como el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, ITPAJD) con medidas que han pretendido favorecer el acceso a la vivienda digna a través de alquileres asequibles, a lo que se une que las Administraciones autonómicas y locales también han intentado regular, y siguen haciéndolo, lo que afecta a las viviendas desocupadas como una suerte de incentivo que potencie también el alquiler.

En todo caso, y si se quiere contribuir a solucionar el problema de la vivienda, resulta en nuestra opinión primordial la equiparación del tratamiento de todos los regímenes de tenencia para cumplir el mandato constitucional que garantiza a los ciudadanos el disfrute de una vivienda digna, ya sea en propiedad, ya en alquiler tratando ambas opciones con neutralidad; en otras palabras, se debe facilitar el acceso a la vivienda en propiedad, sin que ello obstaculice potenciar los alquileres en la medida en el convencimiento de que ambas opciones, lejos de ser incompatibles, resultan complementarias en el objetivo final de potenciar el acceso a una vivienda digna y adecuada que garantiza la CE.

Por eso precisamente las repuestas que puedan dar los poderes públicos a nivel estatal, autonómico y local desde la fiscalidad deben avanzar en ambos frentes, con mecanismos que potencien la consecución del mismo. Vamos a hacer un somero repaso por las medidas fiscales actualmente vigentes que resultan más llamativas en cada uno de los ámbitos territoriales, para ver cómo ayudan en la consecución de este derecho constitucional.

¹⁰ Sobre este particular remitimos a MATA SIERRA, M.T. y CARBAJO NOGAL, C.: “Rehabilitación y fiscalidad de la vivienda”, *Urbanismo sostenible, rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*, A.B. Casares Marcos (Coord.), T. Quintana López (Dir.), 2016, págs. 537 y ss.

¹¹ Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias, BOE núm. 288, de 28 de noviembre.

¹² PATÓN GARCÍA, G.: “Nuevo régimen tributario de la vivienda habitual Cambio de tendencia en la política fiscal de la vivienda en el IRPF”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.12/2014, que puede verse en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> (consultado el 30 noviembre de 2020).

III. INCENTIVOS FISCALES A LA ADQUISICIÓN O ALQUILER DE VIVIENDAS

A la hora de hablar de las medidas de promoción que pueden llevar a cabo los poderes públicos a través de sus políticas fiscales que potencien la consecución del mandato constitucional del artículo 47 vamos a utilizar la doble perspectiva que imponen los diferentes regímenes de tenencia, compra o alquiler. De esta forma, comentaremos primero de los beneficios fiscales que existen a la compra de una vivienda (y brevemente a otros tipos de adquisición) y después del tratamiento fiscal ventajoso del arrendamiento.

1. Beneficios fiscales a la compra de vivienda

Lo primero que debemos aclarar es que en la adquisición de vivienda inciden dos grandes impuestos de naturaleza estatal, el Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA) y el ITPAJD, impuesto éste último totalmente cedido a las CCAA, lo que dependerá de que la vivienda que se adquiera sea nueva o bien se trate de y una vivienda de las llamadas de segunda mano (o lo que es lo mismo, que ha estado sujeta a más de una transmisión).

En el caso de que se trate de una vivienda de nueva construcción la compra se encuentra sujeta por un lado al IVA y también al ITPAJD en el hecho imponible de Actos Jurídicos Documentados (en adelante, AJD). Es importante destacar que en el caso del IVA aplicable a la compra de vivienda, en vez de tributar al tipo normal actualmente vigente del 21% se aplica el tipo reducido del 10%, que incluso llega al 4% en el caso de que se trate de viviendas de protección oficial o de promoción pública¹³, lo que en sí mismo supone un importante beneficio fiscal consistente en una aminoración del tipo impositivo que tendrá un claro reflejo en la cuota tributaria que deberá asumir quien adquiera la vivienda.

En cuanto a la aplicación del Impuesto de AJD a la compra de obra nueva, al tratarse de un impuesto totalmente cedido, el tipo dependerá de cada CCAA ya que cada una puede ejercer sus competencias normativas aprobando tipos impositivos de entre el 1,5%, en los casos de Castilla-León, Extremadura, Andalucía, Aragón..., el 0,7% de Madrid, o incluso un tipo cero en el País Vasco. Hasta hace no mucho se aplicaba también al adquirente en el caso de que la vivienda se financiara con un préstamo hipotecario el AJD que, debido ante la controversia zanjada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 15 de marzo de 2018¹⁴, asumen las entidades bancarias a partir del Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre¹⁵.

En el caso en el que lo que se adquiera sea una vivienda que haya estado sujeta a segundas y posteriores transmisiones, resulta de aplicación el ITPAJD, en concreto el hecho imponible

¹³ Art. 91.1.7 y 91.2.6, respectivamente, de la Ley 37/1992, 28 de diciembre del impuesto sobre el valor añadido (LIVA) publicada en el BOE, núm. 312, del 29 de diciembre.

¹⁴ Que se analizan por NICOLAU, N y YUS, M.: “Análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo (Recursos 1211/2017 y 1518/2017), La obligación de pago del AJD recae sobre el prestatario, Cuatrecasas, 3 de abril de 2018 (consultado el 26 de noviembre de 2020) https://www.cuatrecasas.com/es/publicaciones/analisis_de_las_sentencias_del_tribunal_supremo_de_15_de_marzo_de_2018_recursos_12112017_y_15182017_la_obligacion_del_pago_de_ajd_e_n_la_constitucion_de_hipotecas_recae_sobre_el_prestatario.html

¹⁵ BOE, núm. 271, de 9 de noviembre.

correspondiente a transmisiones patrimoniales que se abona en la CCAA en la que esté situado el inmueble. Ciertamente es que muchas administraciones territoriales aplican beneficios fiscales propios en el caso de adquirir una vivienda, bien porque su destino sea el de ser la habitual del comprador o bien vinculados a la edad de este último, el número de habitantes del municipio en el que se encuentra, o la condición de familia numerosa, entre otros... Estas circunstancias determinan la sujeción a tipos impositivos reducidos respecto al tipo normal que oscila entre el 6 y el 10% del valor del inmueble lo que, en definitiva, supone de nuevo la aplicación de ventajosas tributarias en la adquisición de esa vivienda.

Ya sea nueva o de segunda mano, en el IRPF se contempla otro beneficio fiscal consistente en una deducción por vivienda habitual que, no obstante, sólo pueden aplicarse algunos contribuyentes, ya que la normativa establece que sólo tendrán derecho a aplicar la deducción por inversión en vivienda habitual por las cantidades satisfechas en el período de que se trate los contribuyentes que hubieran adquirido su vivienda habitual, o satisfecho cantidades para la construcción de la misma, con anterioridad a 1 de enero de 2013; a ello se añade que para poder aplicar el régimen transitorio que contempla la LIRPF se exige que los contribuyentes hayan practicado la deducción por dicha vivienda en 2012 o en años anteriores, por lo que sólo pueden hacerlo quienes cumplan estos requisitos.

No obstante, y como apuntamos con anterioridad, algunas CCAA contemplan deducciones a la adquisición de vivienda aplicables en la parte cedida del impuesto; a la de carácter general, consistente en que los contribuyentes que hubieran adquirido su vivienda antes de uno de enero de 2013 se deduzcan también la cuantía correspondiente en la cuota autonómica del impuesto, se han ido sumando otras específicas de cada CCAA¹⁶ como, por ejemplo, la que contempla Baleares que actualmente ofrece una deducción del 50% de la inversión que se realice para mejorar la calidad y sostenibilidad de la vivienda siempre que ésta constituya la vivienda habitual del propietario o del inquilino. La base máxima establece un límite de 10.000 euros anuales y se refiere a mejoras que tengan que ver con la generación o el uso de energías renovables (como sería el caso de la instalación de paneles solares, calefacciones ecológicas...) o de mecanismos que favorezcan el ahorro de agua, exigiéndose que, en todo caso, dichas inversiones mejoren al menos en un nivel la calificación de la eficiencia energética de la vivienda. Si se cumplen estos requisitos, el contribuyente puede aplicarse la deducción, eso sí, condicionada a que su base imponible no supere los 30.000 euros en tributación individual o los 48.000 euros en la conjunta¹⁷.

Otro ejemplo llamativo lo encontramos en la Comunidad Valenciana que contempla varias deducciones relacionadas bien con la adquisición de la vivienda habitual por jóvenes iguales

¹⁶ Aunque nos limitaremos a poner algunos ejemplos en el texto, la totalidad de medidas aplicables puede verse en el Libro electrónico de la fiscalidad autonómica que todos los años edita la AEAT y que puede consultarse en la página web de la AEAT, en concreto en: <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/FinanciacionTerritorial/Autonómica/Cap%C3%ADulo%20IV%20Tributaci%C3%B3n%20Auton%C3%B3mica%202020.pdf>

¹⁷ Art. 3 del Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 1/2014, de 6 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones de la Comunidad autónoma de les Illes Balears en materia de tributos cedidos por el Estado (BOE, núm. 160 de 2 de julio de 2014) en medida que se introdujo por la Disposición Final Segunda.5 de la Ley 13/2014 y cuya redacción se actualiza por la Disposición Final Segunda de la Ley 13/2017.

o menores de 35 años y discapacitados, a quienes se deja deducir, respectivamente, el 5% de las cantidades satisfechas, siendo ambas compatibles¹⁸, bien con la conservación o mejora de la calidad, sostenibilidad y accesibilidad de la vivienda¹⁹, todas ellas con requisitos concretos que afectan a la base de los contribuyentes o al tipo de actuación a efectuar.

Asimismo, otras CCAA, como es el caso de la Rioja, además de deducciones vinculadas a la adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual por jóvenes (en este caso menores de 36 años)²⁰ o a la adaptación de la vivienda habitual por motivos de discapacidad²¹, añade otro tipo de deducción del 5%, con un máximo de 452 euros, por el importe satisfecho por la compra, construcción o rehabilitación de una vivienda habitual que se sitúe en ciertas localidades pertenecientes a la categoría de los denominados en la propia norma “*pequeños municipios*”²². La potenciación del mundo rural lleva también a esta CCAA a contemplar una deducción para la adquisición o rehabilitación de segundas viviendas en ese mismo entorno que llega al 8% de las cantidades invertidas con un límite de 450, 76 euros²³.

En el caso de Castilla y León, se contempla una deducción aplicable a la primera vivienda habitual por jóvenes menores de 36 años²⁴ que sea de nueva construcción o rehabilitación, calificada como actuación protegible, situada en poblaciones que en el momento de la adquisición o rehabilitación de la vivienda tengan menos de diez mil habitantes, o de tres mil

¹⁸ Vid. respectivamente el artículo 4.1 K), e I) de la Ley 13/1997 de 23 de diciembre por la que se regula el tramo autonómico del IRPF y restantes tributos cedidos (BOE, núm. 83, de 7 de abril de 1998).

¹⁹ Art. 4.1 W) de la Ley 13/1997, ya citada, en la que se introduce esta deducción por el art. 42 de la Ley 12/2004, y cuya redacción actual, en vigor desde 2017, se realiza por la Ley 13/2016.

²⁰ En el caso de adquisición o construcción, del 3 % de las cantidades satisfechas que se eleva hasta el 5 % cuando la base liquidable general del IRPF no excede de 18.030 euros en tributación individual o 30.050 euros en conjunta, siempre que la base liquidable del ahorro no supere los 1.800 euros. Se deben cumplir los requisitos para tener derecho a la deducción estatal por inversión en adquisición o construcción de vivienda habitual establecidos en los apartados 1, 2 y 3 de la Disposición Transitoria Decimoctava de la LIRPF y que se regula en la Disposición Transitoria Primera, b) Ley 10/2017, de 27 de octubre por la que se consolidan las disposiciones legales de la Comunidad autónoma de la Rioja en tributos propios y tributos cedidos (BOE, núm. 289 de 28 de noviembre de 2017). Actualizado por el art. 1 cuatro de la Ley 2/2020. En el caso de rehabilitación del 5% ampliable hasta el 7%. Con los mismos límites anteriores y regulada en la Disposición Transitoria Primera. a) de la Ley 10/2017, ya mencionada, recientemente modificada por art. 1. Tres Ley 2/2020.

²¹ Del 15% de las cantidades invertidas siempre que se cumplan los requisitos para tener derecho a la deducción estatal y que las obras estén certificadas mediante informe técnico emitido por el órgano competente como necesarias para la accesibilidad y comunicación sensorial que faciliten el desenvolvimiento digno y adecuado de las personas con discapacidad (Disposición Transitoria Primera d) de la Ley 10/2017, ya mencionada, en medida regulada por primera vez en art. 2.e Ley 6/2015 que entró en vigor en 2016).

²² Art.32.2 de la Ley 10/2017, de 27 de octubre, ya citada, en redacción actual del art. 1 dos de la Ley 2/2020.

²³ Disposición Transitoria primera letra C) de la Ley 10/2017, de 27 de octubre, ya citada.

²⁴ Puede verse regulada en el artículo 7.1 del Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2013, de 12 de septiembre por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones de Castilla y León en materia de tributos propios y cedidos (BOCYL, de 18 de septiembre de 2013) y su redacción actual dada por art. 1º.1 Ley 2/2017, regulada por primera vez en el art. 7 Ley 9/2004).

si está situado a menos de treinta kilómetros de la capital; y ello siempre que la vivienda tenga un valor, a efectos del impuesto que grave su adquisición, menor de 135.000 euros, y que la base imponible total, menos el mínimo personal y familiar, no supere los 18.900 euros en tributación individual y 31.500 euros en tributación conjunta cuando la adquisición se realice a partir de 1 de enero de 2005. Dicha deducción consistirá en el 15% de la cuantía empleada con la base máxima de esta deducción será 9.040 euros.

Asimismo, se contempla conjuntamente una deducción por inversión en instalaciones medioambientales y/o de adaptación a discapacitados en la vivienda habitual consistente en el 15% de las cantidades invertidas con un máximo de 20.000 euros en la rehabilitación de viviendas situadas en la Comunidad de Castilla y León que constituyan o vayan a constituir la vivienda habitual del contribuyente²⁵. Se aplica concretamente a la instalación de paneles solares, a fin de contribuir a la producción de agua caliente sanitaria demandada por las viviendas, en un porcentaje, al menos, del 50% de la contribución mínima exigible por la normativa técnica de edificación aplicable; a cualquier mejora en los sistemas de instalaciones térmicas que incrementen su eficiencia energética o la utilización de energías renovables; a la mejora de las instalaciones de suministro e instalación de mecanismos que favorezcan el ahorro de agua, así como la realización de redes de saneamiento separativas en el edificio que favorezcan la reutilización de las aguas grises en el propio edificio y reduzcan el volumen de vertido al sistema público de alcantarillado.

En cuanto a las obras e instalaciones de adecuación necesarias para la accesibilidad y comunicación sensorial que facilite el desenvolvimiento digno y adecuado de uno o varios ocupantes de la vivienda que sean discapacitados, siempre que éstos sean el sujeto pasivo o su cónyuge o un pariente, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, hasta el tercer grado inclusive.

Sirvan de muestra estos ejemplos, que se repiten de forma similar en las medidas tributarias adoptadas por las restantes CCAA, para conocer cuál ha sido el ejercicio de sus competencias normativas en materia tributaria que han hecho estos entes territoriales para fomentar el derecho de acceso a la vivienda, en este caso en propiedad²⁶, que, además, se ven complementadas con otras posibles ayudas o subvenciones con el mismo fin y que no son objeto de este estudio²⁷. No obstante, como veremos de inmediato, ello no obsta a que también sean muchas las medidas que se han tomado desde el ámbito autonómico para fomentar el derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada en régimen de alquiler.

²⁵ Artículo 7.2 TR aprobado por Decreto Legislativo. 1/2013, ya citado, cuya redacción actual fue dada por art. 1º.1 Ley 2/2017.

Se exige que la rehabilitación de la vivienda cumpla los requisitos establecidos en la normativa reguladora del IRPF para la aplicación de la deducción por rehabilitación de vivienda habitual y que se cuente con el previo reconocimiento por el órgano competente de que la actuación se halla incluida en los planes de rehabilitación de vivienda de la Comunidad de Castilla y León.

²⁶ Sobre los impuestos locales que inciden en la vivienda en propiedad remitimos a nuestro trabajo CARBAJO NOGAL, C.: “La vivienda en propiedad como objeto imponible en el ámbito tributario local”, *Tributos locales*, núm. 95, 2011, págs. 129 y ss.

²⁷ Por ejemplo, la Junta de Castilla y León dedica 4,5 millones de euros a la rehabilitación de 1.229 viviendas a través de diferentes ayudas (Puede verse en más detalles en <https://www.lavanguardia.com/vida/20190408/461521655030/unos-45-millones-incentivaran-la-rehabilitacion-de-1229-viviendas-en-cyl.html>)

Por último, y sin adentrarnos en ello, debemos señalar que respecto a otros impuestos como el de Sucesiones y Donaciones (en adelante, ISD) las CCAA introducen también ventajas fiscales al tratamiento fiscal de la adquisición *mortis causa* o *inter vivos* de la vivienda habitual, que se plasman en muchos casos en la mejora de las reducciones estatales que contempla este impuesto, bien ampliando su porcentaje, bien los sujetos a los que resulta aplicables las mismas, bien aumentando el límite estatal del valor de la vivienda. A ello se añade que muchas CCAA han optado por establecer reducciones propias que obedecen a circunstancias sociales o económicas propias que benefician a menores o discapacitados, por ejemplo, o a la transmisión de bienes pertenecientes al patrimonio histórico o cultural y, en casos puntuales, se favorece la transmisión *mortis causa* de viviendas protegidas con una reducción del 100%.

Como se ve existe una gran disparidad que también se observa en las adquisiciones *inter vivos* en las que algunas CCAA optan por aplicar bonificaciones en la cuota del 99% a las adquisiciones lucrativas que se formalicen en documento público siempre que el adquirente sea descendiente o adoptado, cónyuge, ascendiente o adoptante del donante, como ocurre en Castilla y León, Madrid o Valencia, a por la utilización de distintas reducciones propias que, como en el caso precedente, responden a las circunstancias sociales o económicas de la Comunidad Autónoma que las implanta y que habrán de tenerse en cuenta en cada caso, dependiendo donde esté situada la vivienda.

2. Tratamiento fiscal beneficiosos al alquiler de vivienda

Como ya hemos señalado, en los últimos años los poderes públicos fomentan el derecho de los ciudadanos al acceso a una vivienda digna y adecuada a través de un tratamiento fiscal favorecedor del alquiler lo que se traduce en la existencia de beneficios tributarios que afectan tanto a los arrendatarios como a los arrendadores en el ámbito estatal, autonómico e incluso local.

2.1. Beneficios fiscales aplicables a los propietarios arrendadores

Lo primero que debemos distinguir es si el arrendador es una empresa o bien una persona física, ya que en ambos casos inciden impuestos diferentes.

Si se trata de empresas o entidades que se dediquen como actividad económica principal al arrendamiento de viviendas pueden sujetarse opcionalmente a un régimen tributario especial en el Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS) que encontramos en el Título VII, Capítulo III, del TRLIS²⁸, en concreto en los artículos 48 y 49. Para someterse al mismo, los requisitos son que el número de viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento²⁹ sea en todo momento igual o superior a ocho, pudiendo ser construidas, adquiridas o promovidas por la

²⁸ Ley 27/2014, de 27 de noviembre del Impuesto sobre Sociedades (BOE, núm.288, de 28 de noviembre).

²⁹ Se asimilan a viviendas el mobiliario, los trasteros, los parkings (con el máximo de dos) y se excluyen los locales de negocios.

sociedad; que las viviendas permanezcan arrendadas u ofrecidas en arrendamiento³⁰ durante al menos tres años³¹; que las actividades de promoción inmobiliaria y de arrendamiento sean objeto de contabilización separada para cada inmueble adquirido o promovido. En el caso de entidades que desarrollen actividades complementarias a la actividad económica principal de arrendamiento de viviendas, que al menos el 55% de las rentas del período impositivo, excluidas las derivadas de la transmisión de los inmuebles arrendados una vez transcurrido el período mínimo de mantenimiento, o alternativamente del valor del activo de la entidad sea susceptible de generar rentas que tengan derecho a la bonificación³².

En principio, es necesario que la entidad disponga de medios materiales y personales, considerándose que en el arrendamiento de inmuebles se realiza actividad económica cuando se utilice, al menos, una persona empleada con carácter laboral y jornada completa³³; no obstante, la Administración ha interpretado que se cumple el requisito si se cede la gestión de actividad de arrendamiento a terceros que disponen de esa organización de medios personales que son necesarios para desarrollar tal actividad.

La parte de la cuota íntegra que corresponda a las rentas derivadas del arrendamiento de viviendas que cumplan los requisitos exigidos para la aplicación de este régimen tendrá una bonificación del 85% con carácter general, o del 90% si arrendatario es discapacitado y en la vivienda se han realizado obras e instalaciones de adecuación³⁴. Por ello el tipo efectivo será del 3,75%³⁵.

³⁰ Se entiende por arrendamiento de viviendas el definido en el artículo 2.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU). Importante destacar que la vivienda debe tener el carácter de permanente para el arrendatario y, por tanto, quedan excluidas las viviendas que se destinen a satisfacer necesidades temporales.

³¹ Este plazo se computará, si las viviendas pertenecen a la entidad antes de acogerse al régimen, desde la fecha de inicio del período impositivo en que se comunique la opción por el régimen, siempre que a dicha fecha la vivienda estuviera arrendada; y en caso contrario, desde la fecha en que las viviendas fueron arrendadas por primera vez por ella. El incumplimiento de este requisito implicará para cada vivienda, la pérdida de la bonificación que hubiera correspondido.

³² La LIS establece algunas incompatibilidades con la aplicación de los siguientes regímenes especiales: Agrupaciones de interés económico, UTEs y sociedades de capital-riesgo, Instituciones de inversión colectiva, Minería e investigación y explotación de hidrocarburos. Las entidades a las que les sean de aplicación los incentivos fiscales para las PYMES podrán optar entre aplicar dichos incentivos o aplicar el régimen de arrendamiento de viviendas.

³³ Una reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (ECLI ES:TS: 2020:3047) reitera por segunda vez este año, y sienta jurisprudencia, que la aplicación del régimen fiscal especial de las entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas no está condicionada a tener una persona empleada para la ordenación de la actividad económica de alquiler de inmuebles, requisito que esgrimía la AEAT para no permitir la aplicación de este régimen especial y en especial los beneficios fiscales inherentes al mismo.

³⁴ La base de bonificación es la parte de cuota íntegra que corresponda a las rentas derivadas del arrendamiento de viviendas que cumplan los requisitos y la renta bonificada el ingreso íntegro obtenido minorado en los gastos directamente relacionados con la obtención de dicho ingreso y la parte de los gastos generales que correspondan proporcionalmente al citado ingreso.

³⁵ Esta bonificación es incompatible con la reserva de capitalización. Tampoco es aplicable a la renta generada en la transmisión de las viviendas, cuando la entidad distribuya dividendos y el socio sea persona jurídica habrá que diferenciar si es con cargo o no las rentas a las que haya resultado de aplicación la bonificación y la exención prevista en el artículo 21 de la LIS se aplicará sobre el 50%

Asimismo, este régimen beneficioso se completa con lo dispuesto en el artículo 91.dos.1. Sexto de la LIVA que prevé, en su segundo párrafo, la aplicación del tipo impositivo reducido del 4% a las entregas de las viviendas que sean adquiridas por las entidades que apliquen el régimen especial previsto en los artículos 48 y 49 de la LIS, siempre que a las rentas derivadas de su posterior arrendamiento les sea aplicable la bonificación establecida en los artículos citados; para ello, la entidad adquirente deberá comunicar al sujeto pasivo, con anterioridad al devengo de la operación, que tiene derecho a aplicar el régimen especial y de que a las rentas derivadas de su posterior arrendamiento les es aplicable la bonificación. Tales circunstancias podrán acreditarse mediante una declaración escrita firmada por el referido destinatario dirigida al sujeto pasivo, en la que se haga constar, bajo su responsabilidad, su cumplimiento.

Por otro lado, y para los propietarios personas físicas, los rendimientos derivados del arrendamiento de viviendas pueden beneficiarse de una reducción del 60%³⁶, establecida en el artículo 23.2 de la Ley 35/2006 que regula el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante LIRPF) siempre que los inmuebles arrendados se destinen a vivienda de una persona física³⁷ y ello sin olvidar otras ventajas que contempla el mismo impuesto, como que los propietarios, a la hora de calcular dichos rendimientos, podrán descontarse las tasas o impuestos que incidan sobre la vivienda como el vado o la tasa por recoger basura- el interés que se produce por créditos abonados al comprar la casa, los gastos para que se formalice el arrendamiento y defensa en cosas de nivel jurídico, los gastos de seguro del hogar, lo destinado a agua, luz, teléfono, etcétera.

Otro incentivo fiscal que resulta llamativo por su actualidad es que, como consecuencia de la COVID-19, y si durante el período correspondiente al estado de alarma (y aquel al que se extienda la crisis) el propietario hubiera aplicado una reducción, incluso total, sobre el precio del alquiler pactado, el rendimiento íntegro del capital inmobiliario correspondiente a los periodos a los que afecte será el correspondiente a los nuevos importes acordados por las partes, resultando aplicable la reducción por arrendamiento de vivienda del 60%³⁸.

A esta reducción en la parte estatal del impuesto habrán de sumarse algunas deducciones autonómicas que también abundan en potenciar el mercado de alquiler y con ello, en facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada por parte de algunos ciudadanos. Valga como muestra la que contempla Castilla y León en la parte autonómica del impuesto del 15% de

de su importe. Todo ello exige un minucioso control por parte de la entidad que reparte dividendos o reservas.

³⁶ Desde 2015 ya no se aplica la reducción del 100 por 100 para los arrendatarios menores de 30 años, siendo la reducción aplicable, en cualquier caso, y siempre que el inmueble se destine a vivienda de persona física, el 60 por 100 sobre los rendimientos obtenidos.

³⁷ Aunque la aplicación de esta reducción ha venido siendo denegada por la Administración cuando el arrendatario del inmueble es una persona jurídica, incluso en los supuestos en que su destino fuese el de vivienda habitual de empleados de la compañía, esta postura ha sido modificada por el Tribunal Económico-Administrativo Central mediante una resolución para unificación de la doctrina de 8 de septiembre de 2020 en la que considera aplicable la reducción, con indiferencia que el arrendatario del inmueble sea persona física o jurídica. La resolución recoge los pronunciamientos que, aunque minoritarios, habían emitido algunos Tribunales Superiores de Justicia como los de Cataluña, Galicia y Madrid.

³⁸ Cfr. Consulta de la DGT de 21 de abril de 2020 (V0985/2020).

las cantidades invertidas en rehabilitar viviendas situadas en poblaciones de menos de diez mil habitantes, o de tres mil, si están situadas a menos de treinta kilómetros de la capital, siempre que la vivienda tenga un valor menor de 135.000 euros y se destine en el plazo de los cinco años siguientes a ser alquilada a personas distintas del cónyuge, ascendientes, descendientes o familiares hasta el tercer grado de parentesco del propietario de la vivienda, y que el importe del alquiler mensual no supere los 300 euros y que la fianza legal se deposite conforme establezca la normativa aplicable, siendo la base máxima de esta deducción 20.000 euros³⁹. Insistimos en que este tipo de beneficios resultan comunes en este ámbito territorial por lo que, en cada caso concreto habrá que determinar cuáles resultan aplicables.

2.2. Beneficios fiscales aplicables a los arrendatarios

En cuanto a los beneficios tributarios aplicables a los inquilinos, debemos señalar que existen diferentes deducciones en el IRPF pensados para ellos, tanto de carácter estatal y autonómico. En cuanto al tramo estatal, la deducción por alquiler de la vivienda habitual prevista en el artículo 68.7 de la Ley del IRPF se suprimió con efectos 1 de enero de 2015, si bien se establece un régimen transitorio que permite que los contribuyentes que hubiesen formalizado el alquiler antes de dicha fecha y vinieran disfrutando de ese beneficio fiscal puedan continuar practicando la deducción en los periodos impositivos en los que, como consecuencia de su prórroga, se mantenga la vigencia del contrato de arrendamiento. El importe de la deducción de dicho régimen transitorio consiste en el 10,05% de las cantidades satisfechas en el período impositivo por el alquiler de su vivienda habitual, siempre que su base imponible sea inferior a 24.107,20 euros anuales (sin superarlos) y siendo la base máxima de esta deducción es de 9.040 euros anuales, cuando la base imponible sea igual o inferior a 17.707,20 euros anuales o de $9.040 - [1,4125 \times (BI - 17.707,20)]$, cuando la base imponible esté comprendida entre 17.707,20 y 24.107,20 euros anuales.

Los inquilinos también podrán aplicar la deducción por alquiler de vivienda habitual que, en su caso, hubiese aprobado su CCAA que, en cada caso, estará ligada a una serie de requisitos específicos que habrán de cumplirse para obtener esta ventaja fiscal. En prácticamente todos los casos se aplican determinados límites a la base, fijando después diferentes cuantías y porcentajes. Otros requisitos que inciden en este tipo de deducciones autonómicas tienen que ver con la edad de los inquilinos, a los que se exige ser menores de 35 o 36 años, o incluso, en el País Vasco, se tiene en cuenta la condición de familia numerosa⁴⁰; también favorece que la vivienda habitual arrendada se encuentre en el medio rural.

A título de ejemplo, en la Comunidad autónoma andaluza se establece que los menores 35 años podrán desgravar un 15% del alquiler hasta 500 euros siempre que su base liquidable

³⁹ Artículo 7.3 del Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2013, ya citado, en el que se introduce esta medida en la redacción dada por art. 1º.1 Ley 2/2017.

⁴⁰ En País Vasco la deducción por alquiler es del 20% con carácter general hasta 1.600 euros y del 25% hasta 2.000 euros para menores de 30 años. Las familias numerosas también pueden desgravar el 25% con un máximo de 2.000 euros.

general y del ahorro sea menor de 19.000 euros en tributación individual y 24.000 euros en tributación conjunta⁴¹.

Por su parte en Aragón la deducción por alquiler de vivienda está limitada a casos de dación en pago en los que, además, se firme un contrato de alquiler con opción a compra, caso en el que se podrá aplicar una desgravación del 10% de las cantidades destinadas al alquiler sobre una base máxima de 4.800 euros. Para poder acceder a esta ventaja fiscal la base liquidable general no podrá superar los 15.000 euros en tributación individual ni los 25.000 euros en conjunta⁴².

En el caso de Asturias, se contemplan dos deducciones de forma que, por un lado, pueden deducirse un 10% del alquiler hasta un máximo de 455 euros con carácter general con el límite de 455 euros, siempre que la suma de la base imponible general y del ahorro no exceda de 25.009 euros en tributación individual o de 35.240 euros en conjunta y que las cantidades satisfechas excedan del 10% de la renta del periodo impositivo sin que resulte compatible en este caso la compensación por arrendamiento de vivienda prevista en la normativa estatal⁴³; por otro se deducirá un 15% con límite de 606 euros si la vivienda está en el medio rural⁴⁴.

Por último, y sin pretender ser exhaustivos, en Castilla y León se aplica una deducción por el alquiler de la vivienda habitual de un 20%, hasta un máximo de 459 euros, siempre que el contribuyente tenga menos de 36 años y que la base imponible total menos el mínimo personal y familiar no sea superior a 18.900 euros en tributación individual ni a 31.500 euros en tributación conjunta sin que proceda la deducción cuando sea de aplicación la compensación por arrendamiento de vivienda habitual. Esta deducción se eleva al 25%, con el límite de 612 euros cuando la vivienda este situada en poblaciones que en el momento de la adquisición o rehabilitación de la vivienda tengan menos de diez mil habitantes, o de tres mil, si está situado a menos de 30 km de la capital⁴⁵.

Con distintas condiciones o requisitos este tipo de deducciones se repiten en todas las CCAA, y ello sin olvidar que estos Entes territoriales igual que el Estado, pueden contemplar también ayudas al alquiler en forma de subvenciones que, eso sí, deberán incluirse a la hora de tributar por el impuesto.

⁴¹ Art. 7 del Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 1/2018, ya citado, en redacción actual dada por artículo primero tres de la Ley 11/2010.

⁴² Art. 110-12 Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos (BOE, núm. 128 de 28 de octubre de 2005) introducido por art. 1.9 Ley 10/2012, vigor 2013, redacción actual dada por art. 1.7 Ley 14/2014.

⁴³ Art. 7.1 Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2014, regulada por primera vez en el art. 11 Ley 15/2002.

⁴⁴ Art. 7.2 TR aprobado por Decreto Legislativo 2/2014, regulada por primera vez en el art. 12 Ley 6/2003.

⁴⁵ Art. 7.4 Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2013, ya citada, en redacción actual dada por art. 1.º.3 Ley 7/2017.

Pues bien, además de lo señalado hasta aquí, debemos añadir que el Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo de medidas fiscales urgentes en materia de vivienda y alquiler⁴⁶ contiene algunas herramientas para mejorar el acceso a la vivienda y favorecer el alquiler asequible destacando lo que afecta a dos impuestos, uno cedido a las CCAA, el ITPAJD, y otro local, el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (en adelante, IBI).

En cuanto al primero de ambos impuestos establece una nueva exención en el apartado 26 del artículo 45.I.B), en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, para la suscripción de contratos de arrendamiento de vivienda para uso estable y permanente a los que se refiere el artículo 2 de la LAU (es decir, el arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario).

Asimismo, se introducen modificaciones en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, TRLRHL), que en el IBI incorpora algunas medidas favorecedoras del mercado de alquiler de vivienda que afectan a la supresión por parte de Administraciones o entes u organismos públicos de la obligación de repercutir el IBI al arrendatario en el supuesto de alquiler de inmueble de uso residencial con renta limitada por una norma jurídica⁴⁷. También se faculta a los Ayuntamientos para establecer, mediante ordenanza fiscal, una bonificación en la cuota del impuesto de hasta el 95% para las viviendas sujetas a alquiler a precio limitado por una norma jurídica, añadiendo para ello el apartado 6 en el artículo 74 del TRLRHL.

IV. DESINCENTIVOS FISCALES QUE AFECTAN A LAS VIVIENDAS DESOCUPADAS

Para concluir, ya muy brevemente, consideramos que el legislador puede potenciar el derecho de acceso de los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada a través de otro tipo de medidas fiscales de carácter contrario a las analizadas hasta aquí porque sirven, precisamente, para desincentivar la tenencia de viviendas desocupadas o vacías⁴⁸. Este tipo de decisiones que tienen una *vis* política evidente, las vamos a encontrar en impuestos estatales, autonómicos y locales⁴⁹.

Respecto a los primeros debe traerse a colación el artículo 85 de la LIRPF que establece el denominado “*régimen de imputación de rentas inmobiliarias*” a cuyo tenor, en relación con

⁴⁶ BOE de 5 de marzo de 2019 que además recoge las medidas contempladas en el Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, que no se convalidó por el Congreso.

⁴⁷ Modificando para ello el apartado 2 del artículo 63 del TRLRHL.

⁴⁸ RUIZ GARIJO, M.: “Derecho a una vivienda e impuestos autonómicos sobre viviendas vacías en España. Una perspectiva constitucional”. *Crónica tributaria*, núm. 161, 2016 Consultado el [30-11-2020] en la base de datos de [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5807360>] y ORÓN MORATAL, Germán. “Las viviendas desocupadas como objeto de medidas constrictivas”. *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9, 2016, págs. 175 a 200.

⁴⁹ URBANO SÁNCHEZ, L.: “La tributación de la vivienda vacía en el ámbito autonómico y local. Algunas reflexiones a la luz del artículo 6.3 LOFCA”. *Revista andaluza de administración pública*. núm. 96, 2016, págs. 127 a 164.

determinados inmuebles urbanos, así como rústicos, excluida la vivienda habitual y el suelo no edificado, tendrán la consideración de renta imputada la cantidad que resulte de aplicar el 2% al valor catastral, determinándose proporcionalmente al número de días que corresponda en cada período impositivo⁵⁰. En definitiva, y con más o menos acierto en una medida que resulta más que discutible desde el punto de vista de la capacidad económica⁵¹, se establece un gravamen que afecta a las viviendas a las que, dejando a salvo el caso de las segundas viviendas, no se les da ningún tipo de uso que puede determinar su salida al mercado del alquiler.

Por su parte, alguna CCAA, haciendo uso de su poder tributario que les permiten establecer sus propios tributos que regulen la cuestión de las viviendas desocupadas, y alguna de ellas lo ha hecho con la finalidad de desincentivar la existencia de este tipo de vivienda en su territorio. Éste sería el caso de Cataluña que establece un tributo autonómico en la Ley 14/2015, de 21 de julio⁵², que estableció un impuesto sobre viviendas vacías, exigible desde el 31 de diciembre de 2015, cuya exposición de motivos afirma que se “*configura como un impuesto que grava el incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas por el hecho de permanecer desocupadas de forma permanente. El objetivo es reducir el stock de viviendas vacías y aumentar su disposición a alquiler social. Dado su carácter extrafiscal, se prevé, además, la afectación de los ingresos a la financiación de las actuaciones protegidas en los planes de vivienda, con expresa prioridad del destino de los recursos a los municipios donde se han obtenido los ingresos*”.

El impuesto catalán describe el hecho imponible como la desocupación de una vivienda de forma permanente durante más de dos años sin causa justificada lo que le da un carácter no fiscal o extrafiscal al tributo, que ha suscitado dudas que ha resuelto la STC 4/2019, de 17 de enero, en favor de su constitucionalidad⁵³.

En el ámbito local también encontramos algunas actuaciones, fundamentalmente vinculadas a los Territorios Forales, que se han preocupado de regular la fiscalidad que afecta a este tipo de viviendas vacías como es el caso del Impuesto municipal sobre viviendas deshabitadas de

⁵⁰ CALVO ORTEGA, R.: “La imputación de rentas inmobiliarias en el IRPF y el principio de igualdad tributaria”, *Nueva Fiscalidad*, núm.5, 2007, págs. 20-21 y también RAMOS PRIETO, J.: “Imputación de rentas inmobiliarias en el IRPF y capacidad económica”, *Revista de contabilidad y tributación. CEF*, número 295, 2007, págs. 44-45.

⁵¹ Como ha mantenido nuestro Tribunal Constitucional, a capacidad económica no se formula en la Constitución como principio inspirador del sistema tributario, sino más bien como criterio para ordenar, dentro del sistema, aquellos tributos que hacen posible la contribución a los gastos públicos como deber de solidaridad social. El sistema tributario en su conjunto [preceptos que forman un ordenamiento jurídico concreto] es el instrumento a través del cual debe realizarse esa justa distribución de la carga fiscal entre todos aquellos que, por cualquier razón, están sujetos al poder, a la soberanía del Estado. Justicia que se realiza a través de los principios de igualdad y progresividad en la imposición (STC 27/1981, F.J.4º ECLI:ES:TC: 1981:27) Sobre esta cuestión puede verse RODRÍGUEZ BEREJO, A.: “El deber de contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 125, enero-marzo 2005, págs. 5 y ss.).

⁵² BOE núm.195 de 15 de agosto de 2015.

⁵³ Cfr. CARRIÓN MORILLO, D.: “La constitucionalidad del polémico impuesto catalán sobre las viviendas vacías. Comentario a la STC 4/2019, de 17 de enero”, *Diario La Ley*, núm. 9401, 2019.

Navarra⁵⁴ que se asemeja bastante al que pudiera resultar del recargo en el IBI previsto para las CCAA de régimen común, vigente desde 2013, o el denominado Canon municipal sobre viviendas deshabitadas del País Vasco⁵⁵ que se atribuye a los Ayuntamientos *“al objeto de fomentar el cumplimiento de la función social de la propiedad de la vivienda, se establece un canon sobre la vivienda deshabitada. Su imposición, de carácter extrafiscal, a cargo de los Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Euskadi gravará las viviendas declaradas deshabitadas y los ingresos por este concepto dotarán el patrimonio municipal de suelo”*.

No obstante, la medida más relevante, por su aplicación general, sería el recargo potestativo previsto por el TRLRHL⁵⁶ del 50% sobre el IBI pensado para aplicarse sobre los inmuebles de uso residencial que se hallen permanentemente desocupados⁵⁷, que, durante mucho tiempo, había arrastrado la problemática de que se había realizado una remisión legal a un ulterior desarrollo reglamentario que no se había producido lo que había impedido su efectividad⁵⁸; esto se corrige con el reciente Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, mencionado con anterioridad, que contiene medidas fiscales urgentes en materia de vivienda y alquiler que, además de las medidas anteriormente analizadas que afectan a los alquileres de vivienda, ha desarrollado también el concepto de inmueble de uso residencial desocupado con carácter permanente, que resulta necesario para la aplicación del recargo por los Ayuntamientos. De esta forma, lo define como *“aquel que permanezca desocupado de acuerdo con lo que se establezca en la correspondiente normativa sectorial de vivienda, autonómica o estatal, con rango de ley, y conforme a los requisitos, medios de prueba y procedimiento que establezca la ordenanza fiscal. En todo caso, la declaración municipal como inmueble desocupado con carácter permanente exigirá la previa audiencia del sujeto pasivo y la acreditación por el ayuntamiento de los indicios de desocupación, a regular en dicha ordenanza, dentro de los cuales podrán figurar los relativos a los datos del padrón municipal, así como los consumos de servicios de suministro”*⁵⁹.

En definitiva, este recargo que configuró hace tanto tiempo el TRLRHL y que solo ahora resulta de aplicación factible por nuestros municipios, se configura como una cuantía

⁵⁴ Creado por la Ley Foral Navarra 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas locales de Navarra, que fue modificado en el año 2013.

⁵⁵ Por la Ley autonómica núm. 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda del País Vasco, la que en su artículo 57 prevé el que denomina Canon de vivienda deshabitada.

⁵⁶ El origen del recargo sobre viviendas desocupadas, que fue introducido por el art. 17 de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales para *“facilitar el acceso de todos los ciudadanos al disfrute de una vivienda digna y adecuada”* (Preámbulo de la Ley 51/2002).

⁵⁷ ÁLVAREZ BARBEITO, P.: “Reflexiones sobre la fiscalidad de la vivienda vacía en España”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2008, págs. 9 a 24.

⁵⁸ En defecto de desarrollo reglamentario algunas CCAA se aventuraron a concretar el significado de lo que debe entenderse por vivienda vacía o desocupada que ha servido para que algunos Ayuntamientos regulen el recargo (Cfr. STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2011 (JT 2011\1182); otros Municipios, los menos, incorporaron dicha definición a efectos de posibilitar la aplicación del recargo del IBI para que en sus propias ordenanzas fiscales determinan su propia definición de vivienda desocupada (Cfr. STSJ de Asturias de 16 de febrero de 2015 (JUR 2015\53543) si bien a falta del desarrollo reglamentario estatal provoca que aunque los Ayuntamientos, a través de sus Ordenanzas Fiscales puedan establecer el recargo pero no pueden exigirlo.

⁵⁹ Modificando para ello el apartado 4 del artículo 72 del TRLRHL, ya citado.

adicional que se suma al tipo de gravamen de un impuesto, como una suerte de impuesto nuevo, diferente⁶⁰, claramente extrafiscal⁶¹ en la medida en que grava un hecho revelador de riqueza potencial, esto es, la renta que se podría obtener del arrendamiento de la vivienda pero que, sin embargo, no obtiene su titular al mantenerla desocupada. Así, el hecho imponible del recargo sería la desocupación con carácter permanente de un inmueble de uso residencial, mientras que el del IBI lo conforma la titularidad de derechos reales de propiedad, superficie y usufructo, así como el derecho de una concesión administrativa sobre bienes inmuebles de naturaleza urbana y rústica y sobre bienes inmuebles de características especiales por lo que ambos son idénticos.

En lo que nos interesa aquí especialmente el recargo, que a partir de ahora podrá aplicarse de forma efectiva por aquellos Ayuntamientos que así lo consideren oportuno, operará claramente como una suerte de desincentivo a que las viviendas permanezcan vacías, con lo que al menos de una forma indirecta puede coadyuvar a dar verdadero contenido al derecho fundamental que tienen los ciudadanos de acceder a una vivienda digna y adecuada defendido por el artículo 47 de nuestra CE.

BIBLIOGRAFÍA

- Adame Martínez, P., Castillo Manzano, J.I. y López Valpuesta, L.: “El Sector Público y la Inversión en vivienda: la deducción por inversión en vivienda habitual en España”, *Documentos IEF*, núm.17/04, IEF, 2004.
- Álvarez Barbeito, P.: “Reflexiones sobre la fiscalidad de la vivienda vacía en España”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2008.
- Beltrán de Felipe, M.: “Sinsentidos y paradojas de la vivienda”, *Congreso Internacional: Municipia Siglo XXI, Ciudadanía y Gobierno Local*, nov. 2004.
- Calvo Ortega, R.: “La imputación de rentas inmobiliarias en el IRPF y el principio de igualdad tributaria”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 5, 2007.
- Carbajo Nogal, C.: “La vivienda en propiedad como objeto imponible en el ámbito tributario local”, *Tributos locales*, núm. 95, 2011, págs. 129 y ss.
- Carbajo Nogal, C.: “Cincuenta años de política fiscal en materia de vivienda”, *Pecunia: Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, Universidad de León, núm. 14, 2012, págs. 169 y ss.
- Carbajo Nogal, C.: *La fiscalidad de la vivienda en España: efectos jurídicos y económicos*, Universidad de Burgos, 2014.
- Carrión Morillo, D.: “La constitucionalidad del polémico impuesto catalán sobre las viviendas vacías. Comentario a la STC 4/2019, de 17 de enero”, *Diario La Ley*, núm. 9401, 2019.

⁶⁰ Cfr. Urbano Sánchez, L.: “La tributación de la vivienda vacía en el ámbito autonómico y local. Algunas reflexiones a la luz del artículo 6.3 LOFCA”, *Revista andaluza de administración pública*, núm. 96, 2016, págs. 27 a 164.

⁶¹ Para Rodríguez Muñoz acerca de la necesidad de sustituir el término de extrafiscalidad por el de ultrafiscalidad en cuanto que los tributos extrafiscales no se hallan fuera de los ingresos fiscales sino que añaden a su finalidad recaudatoria otra finalidad diferente, conviviendo ambas (Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M.: *La alternativa fiscal verde*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 440).

- García Novoa, C.: “Tratamiento fiscal de la vivienda y derecho del usufructo en el IRPF”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 230, 1994.
- García Vaquero, V. y Martínez, J.: *Fiscalidad de la vivienda en España*, Núm. 506, Occasional Papers from Banco de España, que puede consultarse en Occasional Papers Homepage.
- Greppi, A.: “Los nuevos y los viejos derechos fundamentales”, *Derechos y libertades*, núm. 7, 1999.
- Herranz Castillo, R.: “Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución”, *La Ley*, núm. 5823, 2003.
- Mata Sierra, M.T. y Carbajo Nogal, C.: “Rehabilitación y fiscalidad de la vivienda”, *Urbanismo sostenible, rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*, A.B. Casares Marcos (Coord.), T. Quintana López (Dir.), 2016.
- Nicolau, N. y Yus, M.: “Análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo (Recursos 1211/2017 y 1518/2017), La obligación de pago del AJD recae sobre el prestatario, Cuatrecasas, 3 de abril de 2018 https://www.cuatrecasas.com/es/publicaciones/analisis_de_las_sentencias_del_tribunal_supremo_de_15_de_marzo_de_2018_recursos_12112017_y_15182017_la_obligacion_del_pago_de_ajd_en_la_constitucion_de_hipotecas_recae_sobre_el_prestatario.html
- Orón Moratal, G.: “Las viviendas desocupadas como objeto de medidas constrictivas”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9, 2016.
- Patón García, G.: “Nuevo régimen tributario de la vivienda habitual Cambio de tendencia en la política fiscal de la vivienda en el IRPF”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.12/2014, que puede verse en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
- Peces Barba, G.: *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general* (AAVV) Ed. Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995.
- Ramos Prieto, J.: “Imputación de rentas inmobiliarias en el IRPF y capacidad económica”, *Revista de contabilidad y tributación. CEF*, número 295, 2007.
- Rodríguez Bereijo, A.: “El deber de contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 125, enero-marzo 2005.
- Rodríguez Hernández, J.E.: *Análisis de las decisiones de tenencia y demanda de vivienda en España*. Tesis Doctoral, Curso 2005-2006. Servicio de publicaciones de la Universidad de la Laguna. 2006.
- Rodríguez Muñoz, J.M.: *La alternativa fiscal verde*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004.
- Ruiz Garijo, M.: “Derecho a una vivienda e impuestos autonómicos sobre viviendas vacías en España. Una perspectiva constitucional” *Crónica tributaria*, núm.161, 2016. Consultado el [30-11-2020] en la base de datos de [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5807360>].
- Urbano Sánchez, L.: “La tributación de la vivienda vacía en el ámbito autonómico y local. Algunas reflexiones a la luz del artículo 6.3 LOFCA”. *Revista andaluza de administración pública*. núm. 96, 2016.

Los derechos a la intimidad, a la propiedad y a la vivienda; una visión desde el delito de ocupación de bienes inmuebles*

Luis Miguel Ramos Martínez

Investigador predoctoral contratado del Área de Derecho Penal. Universidad de León. lramm@unileon.es

Recibido
4 febrero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Allanamiento de morada;
Delito flagrante; Delito permanente; Derecho a la vivienda; Intimidad; Inviolabilidad del domicilio; Ocupación ilegal de inmuebles; Propiedad; Segunda residencia; Usurpación.

KEYWORDS

Forced entry; Flagrant crime; Permanent crime; Right to housing; Privacy; Inviolability of the home; Squatting; Property; Second residence; Usurpation.

Resumen

Hace algunos meses, los medios de comunicación publicaron con insistencia noticias sobre el aumento de las ocupaciones ilegales de inmuebles en España y la ineficacia de las normas al respecto. Esto provocó la presentación de varias Proposiciones de Ley por los Grupos Parlamentarios conservadores y que el Ejecutivo reaccionase dictando las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado y de la Secretaría de Estado de Seguridad. En el siguiente trabajo se trata, muy resumidamente, la veracidad de dichas informaciones y la suficiencia de la regulación protectora del patrimonio inmobiliario, con especial referencia a la penal (concretamente a los delitos de allanamiento de morada y de usurpación/ocupación), desde cuya perspectiva se verán los derechos constitucionales en juego: el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la propiedad privada y el derecho a la vivienda digna y adecuada.

The rights to privacy, property and housing; a view from the crime of occupation of real estate

Abstract

A few months ago, the media insistently published news about the increase in illegal building occupancy in Spain and the ineffectiveness of the regulations in this regard. This caused the presentation of several Law Proposals by conservative Parliamentary Groups and that the Executive

* El presente trabajo mantiene, casi sin modificaciones, su forma original de ponencia (concebida para el Curso de extensión universitaria de la ULe «En defensa de la Constitución», dirigido por la Dra. M. Esther Seijas Villadangos y la Dra. M. Teresa Mata Sierra), lo que explica la escasez de citas y el estilo. Su preparación ha sido posible gracias a un contrato de investigación predoctoral en formación de la Universidad de León, cofinanciado por la JCyL y el FSE (Orden de 10 de noviembre de 2016 de la Consejería de Educación) y dirigido por el Dr. *Dres. h. c.* Miguel Díaz y García Conlledo y la Dra. María A. Trapero Barreales; asimismo, se enmarca en los proyectos de investigación DER2016-76715-R (AEL, IP: Dr. *Dres. h. c.* Miguel Díaz y García Conlledo) y PID2019-108567RB-C21 (AEL, IIPP: Dr. *Dres. h. c.* Miguel Díaz y García Conlledo y Dra. María A. Trapero Barreales) y en la actividad de la UIC 166 de CyL (director: Dr. *Dres. h. c.* Miguel Díaz y García Conlledo) y del GI DP ULe (responsable: Dr. *Dres. h. c.* Miguel Díaz y García Conlledo).

react by dictating the Instructions of the State Attorney General's Office and the Secretary of State for Security. The following paper deals, very briefly, with the veracity of that information and the sufficiency of the protective regulation of building property, with special reference to the criminal Law (specifically to the crimes of forced entry and usurpation/squatting), from whose perspective the constitutional rights at stake will be seen: the right to privacy and inviolability of the home, the right to private property and the right to decent and adequate housing.

I. Introducción: 1. ¿Fake news?; 2. Propositiones de ley; 3. Instrucciones – II. Contexto: 1. Algunos datos estadísticos; 2. Regulación vigente – III. Especial referencia a la protección penal: 1. Función del Derecho penal; 2. Bienes jurídicos protegidos y delitos – IV. Problemas y soluciones

Abreviaturas utilizadas**

I. INTRODUCCIÓN

1. ¿Fake news?

Desde junio de 2020 y con bastante presencia al menos hasta octubre del mismo año, una noticia consiguió romper el absoluto protagonismo del coronavirus en los medios de comunicación: el alarmante y (supuestamente) creciente problema de la ocupación ilegal de bienes inmuebles en España. Para recordar cuál era el nivel de preocupación son especialmente ilustrativos los siguientes titulares, de medios reconocidos, que cita el Fiscal CASAS HERVILLA en un artículo sobre el tema publicado hace algunos meses¹: el 24 de junio, Cadena Ser publicaba la siguiente noticia en su página *web*: «¿Se imagina llegar a casa, meter la llave en la cerradura y comprobar con espanto que la han cambiado y que no puede entrar? Es lo que les pasa a numerosas víctimas de la ocupación ilegal de viviendas en España»; y el 25 de julio, *El Español* publicaba un reportaje titulado: «100 españoles con su casa okupada: las víctimas impotentes de la patada en la puerta»; en el que concluía que: «La realidad es que esta lacra puede afectar a cualquiera. Del nivel social más bajo al más alto, sin distinciones. Y que, si ocurre, la indefensión del propietario es total. La Ley no les protege».

Son numerosos los ejemplos similares en la prensa escrita (sobre todo *online*), radio y televisión. En este último medio se pudo ver en directo como, en un programa matutino (en

** Abreviaturas: art(s). [artículo(s)], BOCG [Boletín Oficial de las Cortes Generales], CC [Código Civil], CE [Constitución Española], CGPJ [Consejo General del Poder Judicial], coord. [coordinador/a], CP [Código Penal], dir. [director/a], disp. [disposición], FCSE [Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado], FGE [Fiscalía General del Estado], G(G)P(P) [Grupo(s) Parlamentario(s)], INE [Instituto Nacional de Estadística], LEC [Ley de Enjuiciamiento Civil], LECr [Ley de Enjuiciamiento Criminal], LH [Ley Hipotecaria], LO [Ley Orgánica], n.º [número], p. ej. [por ejemplo], RTVE [Radiotelevisión Española], ss. [y siguientes], (S)TC [(Sentencia del Tribunal Constitucional), (S)YS [(Sentencia del Tribunal Supremo), v. [véase], vs. [versus].

¹ CASAS HERVILLA, «Reflexiones en torno al delito de usurpación pacífica de bienes inmuebles», *Diario La Ley*, n.º 9.709, 2020.

una de las cadenas más populares), conectaban con una «experta» en directo que advertía a las potenciales víctimas de la necesidad de actuar en las primeras 48 horas desde la entrada ilegítima en el inmueble, pues de lo contrario, irremediablemente, se verían abocadas a procedimientos de meses de duración para recuperar la posesión (sin garantías de éxito). Este dato fue repetido (y desmentido después) por múltiples medios. La falta de rigor evolucionó hasta convertirse en difusión de «auténticas» *fake news*².

2. Proposiciones de ley

Coincidiendo con estas noticias, los GGPP Popular y Ciudadanos (ambos el 17 de julio), y Vox (el 7 de septiembre), impulsaron la publicación en el BOCG sendas Proposiciones de Ley en las que, entre otras medidas, endurecen el castigo penal del delito bajo el que, con mayor frecuencia, suelen subsumirse las conductas en cuestión: el de ocupación pacífica de bienes inmuebles, tipificado en el art. 245.2 CP y castigado (de momento) con una pena leve³ de multa.

El GP Popular⁴, en el art. 4 de su texto: propone castigar la ocupación pacífica con pena de prisión de 6 meses a 1 año y 6 meses; establece un subtipo agravado (pena superior en grado), también para la modalidad violenta o intimidatoria, si la ocupación se prolongase durante más de 15 días; incluye otro subtipo, este atenuado y solo para la modalidad pacífica, cuando se dé la restitución de la posesión en un máximo de 48 horas (trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de 2 a 12 meses); impone el castigo por pertenencia a organización criminal (aunque luego hable de grupo criminal) a los ocupantes que, conscientes de la ilegalidad de la ocupación, sigan instrucciones de esta; tipifica la conducta de «incitación a la ocupación»; y prevé el castigo de los actos preparatorios.

El GP Ciudadanos⁵ (que se olvida de nombrar su propuesta conforme a la exigencia de tramitación como LO de algunas de sus modificaciones), incluye un Título IV «Garantías frente a la ocupación ilegal en el ámbito penal», cuyo art. 6: aumenta la pena de multa de la ocupación pacífica dejándola en el intervalo de 6 a 12 meses; matiza que solo podrá cometerse en inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan vivienda «habitual»;

² No existe ningún plazo en la LECr o en el CP que pueda relacionarse con esa información. A día de hoy, el CP solo establece la relevancia de plazos por horas: en el subtipo atenuado de los delitos de quebrantamiento de los deberes de custodia y de inducción de menores o personas con discapacidad necesitada de especial protección al abandono de domicilio, aplicable cuando se produzca la restitución y siempre que se haya comunicado el lugar de estancia o la ausencia no hubiera sido superior a 24 horas (art. 225 CP); en el delito de sustracción de menores, en el que las mismas circunstancias dan lugar a la exención de la pena (art. 225 *bis* CP); y en los delitos de hurto y robo (con fuerza en las cosas) de uso de vehículo a motor o ciclomotor, cuyo plazo de restitución directa o indirecta de 48 horas forma parte de la conducta típica (art. 244.1 y 2 CP).

³ Esto es así, aunque el Legislador no lo buscara expresamente, desde la LO 1/2015, por la degradación de ciertos delitos menos graves a leves (art. 13.4 CP).

⁴ Proposición de Ley 122/000065: https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=122/000065.

⁵ Proposición de Ley 122/000066: https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=122/000066.

incluye la fuerza en las cosas como medio comisivo cualificado y la equipara, a efectos penológicos, con la violencia y la intimidación (prisión de 1 a 2 años); y castiga expresamente la mediación e intervención (supuestos de participación) con la misma pena de las modalidades agravadas (violencia, intimidación y fuerza en las cosas) y la pertenencia a grupo u organización criminal.

Por último, el GP Vox⁶, que redacta un texto específico para la modificación del CP (y otro para la de la LECr), en su art. único: establece una pena de prisión de 1 a 3 años para la ocupación pacífica de no-morada (superior a la de la actual usurpación/ocupación violenta o intimidatoria); recoge la ocupación pacífica de morada (hasta ahora, un olvido legislativo inexplicable si se defiende que la relación entre los delitos de ocupación y allanamiento es de concurso de delitos y no de normas) con pena de 2 a 4 años de prisión; impone la pena superior en grado si concurre fuerza en las cosas; y añade un apartado final, cuanto menos curioso (ya lo sería solo por su ubicación en el CP), que autoriza a las FCSE a desalojar «a efectos meramente preventivos» si media denuncia o querrela, existe «apariencia de usurpación u ocupación ilegítima» y los ocupantes no dan razón suficiente que legitimase su conducta.

Penas del actual art. 245 CP vs. penas de las Proposiciones de Ley

	Ocupación violenta o intimidatoria	Ocupación pacífica
Regulación actual (art. 245 CP)	1 a 2 años de prisión ⁷	3 a 6 meses de multa
Proposición GP Popular	1 a 3 años de prisión	6 a 18 meses de prisión
Proposición GP Ciudadanos	1 a 2 años de prisión	6 a 12 meses de multa
Proposición GP Vox	4 a 6 años de prisión	1 a 3 años de prisión

En el ámbito procesal todas las Proposiciones de Ley coinciden en la usurpación/ocupación (y el allanamiento) al ámbito del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 795.1. 2.ª LECr), conocido como «juicio rápido».

3. Instrucciones

El Ejecutivo reacciona y se dictan dos instrucciones:

- El 15 de septiembre, la Instrucción 1/2020 de la FGE, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles.
- El 17 de septiembre, la Instrucción 6/2020 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece el protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante la ocupación ilegal de inmuebles.

⁶ Proposición de Ley 122/000069: https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=122/000069.

⁷ Hasta la LO 5/2010, la pena era de multa de 6 a 18 meses.

Lo más interesante de estos textos, desde el punto de vista del Derecho penal, es la interpretación que hacen de alguno de los conceptos sobre los que no ha habido acuerdo ni en la jurisprudencia ni en la doctrina (y que trataré al hablar de la regulación penal).

II. CONTEXTO

1. Algunos datos estadísticos

Ante este panorama hay que hacerse necesariamente dos preguntas: obviando las informaciones descaradamente inexactas, ¿está realmente justificada esta alarma por un aumento de ocupaciones de inmuebles?; y, ¿son realmente necesarias las modificaciones legislativas propuestas o basta con aclarar y unificar criterios en torno a la ya existente?

Para resolver la primera de las cuestiones (el aumento real de los casos) podemos ayudarnos de estadísticas: según las Memorias de la FGE⁸, los juzgados incoaron los siguientes procedimientos por el delito de usurpación/ocupación de bienes inmuebles (en sus dos modalidades): 27.263 (2015), 12.900 (2016), 10.373 (2017), 9.693 (2018), 9.622 (2019). En esta última Memoria se señala que «[ese] apartado muestra la misma tendencia de retroceso en las incoaciones que se ponía de manifiesto el año pasado, tras diversos ejercicios en los que la cifra aumentó» y sigue admitiendo que «[p]arece confirmarse la tendencia iniciada el año anterior respecto de la reducción del fenómeno de las ocupaciones», lo cual «contrasta con la percepción social del fenómeno de la ocupación»⁹.

Según el INE¹⁰, en los mismos años se produjeron las siguientes condenas: 3.278 (2015), 6.132 (2016), 6.757 (2017), 6.028 (2018), 4.687 (2019). También aquí se aprecia la tendencia decreciente¹¹.

Estos datos resuelven también en parte la segunda pregunta (la necesidad de la reforma legislativa); parece que estamos (otra vez) ante una utilización simbólica, en el mal sentido, del Derecho penal. Pero hay que reconocer que, si bien las Proposiciones de Ley se sabían innecesarias y de aprobación improbable, han tenido cierta utilidad, pues con las instrucciones mencionadas se arroja luz sobre algunas discrepancias interpretativas que existían (en la actuación policial, en la acusación del Ministerio Fiscal y también, indirectamente, jurisprudenciales). No obstante, para contestar del todo a esta segunda pregunta hay que analizar cuál es la regulación vigente y si esta es suficiente (pues puede que, aun sin crecimiento de los casos, sea deficiente) o si solo se trata de un problema de aplicación.

⁸ <https://www.fiscal.es/documentaci%C3%B3n>.

⁹ Memoria FGE 2019, 1.185-1.186.

¹⁰ <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997#!tabs-tabla>.

¹¹ Paradójicamente, el GP Vox utiliza estos mismos datos en la Exposición de motivos (II) de su Proposición de Ley, obviando la cifra correspondiente a 2019, para justificar «un notable incremento de los delitos de usurpación de inmuebles».

2. Regulación vigente

Por orden creciente de gravedad, encontramos protección jurídica en tres órdenes:

- La protección del Derecho civil, que puede acompañar a las dos siguientes (restitución de la posesión, indemnización...) o puede ser independiente y ejercitarse a través de: desahucio por precario (art. 250.1.2.º LEC en relación con el art. 444 CC), tutela de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 250.1.7.º LEC en relación con el art. 41 LH; poco utilizado) o juicio posesorio especial (art. 250.1.4.º LEC en relación con el art. 446 CC; antiguo interdicto). Este último procedimiento es especialmente rápido desde la Ley 5/2018, llamada del «desahucio exprés»¹² (permite dirigir la demanda contra «ignorados ocupantes» y regula un incidente de entrega inmediata, la cual se hará efectiva si los ocupantes no exhiben título que justifique su situación posesoria en el plazo de 5 días desde que se les requiera para ello).
- La protección administrativo-sancionadora, con una infracción leve tipificada en el primer párrafo del art. 37.7 de la LO 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana (conocida como «Ley mordaza»), cuyo supuesto de hecho se formula de manera residual, siendo sancionable con multa de 100 a 600 € «[l]a ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal».
- Y la protección penal.

III. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN PENAL

1. Función del Derecho penal

El Derecho penal es uno de los mayores «defensores de la CE». No solo porque incluya un Título específico de delitos contra la Constitución, el XXI (en el que se tipifican, p. ej., delitos como el de rebelión); dice su exposición de motivos que esta norma (el CP) «ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social». Y esto lo dice justo después de declarar que esta «forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal [...] ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de “Constitución negativa”».

En resumen: la CE declara cuáles son los derechos y libertades más importantes de nuestra sociedad y el CP los protege con su fuerza preventiva. Pero ha de proteger, utilizando ya terminología penal, los bienes jurídicos más importantes, de los ataques más graves. Esto no es otra cosa que su carácter fragmentario, dicho de otro modo: que la protección penal se dispense a intereses jurídicos básicos cuando sean atacados de un modo realmente grave e intenso. Y otra manifestación del principio de intervención mínima es su carácter subsidiario o de *ultima ratio*: que los demás mecanismos o medios de reacción del Ordenamiento se hayan revelado insuficientes para enfrentarse a los comportamientos indebidos.

¹² Contra esta reforma se interpuso un recurso de inconstitucionalidad por el (entonces) GP Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, que fue desestimado por la STC 32/2019.

Veremos ahora si se cumple en estos supuestos¹³.

2. Bienes jurídicos protegidos y delitos

¿Cuáles son los bienes jurídicos¹⁴ que protegen los delitos relacionados con la ocupación?

En primer lugar, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio (arts. 18.1 y 2 CE). Si lo que se ocupa (o pretende ocupar) es un domicilio, o más exactamente, una morada, el delito que se comete es el de allanamiento de morada. De esto no hay duda con la modalidad más habitual, la pacífica (por no existir delito de ocupación de morada). En los casos en los que exista violencia e intimidación la relación concursal es algo más compleja¹⁵, pero las Instrucciones se inclinan por la posición (correcta) del concurso de normas, subsumiendo los hechos solo bajo el allanamiento agravado (art. 202.2 CP). En su modalidad básica, el allanamiento de morada lo cometen los particulares que, sin habitar en ella, entran en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador (art. 202.1 CP). La pena: prisión de 6 meses a 2 años. Si la conducta fuera llevada a cabo por miembros de las FCSE sería de aplicación el art. 534.1.1.º CP o el art. 204 CP, dependiendo si media o no, respectivamente, causa legal por delito. Especialmente relevante es el objeto material de este delito: la morada. Este concepto, desarrollado por la jurisprudencia (además de la del TS, especialmente relevante es la del TC¹⁶), es instrumental: morada es cualquier espacio de intimidad (siempre una vivienda habitada, pero también, p. ej., una habitación de hotel, una caravana, una tienda de campaña...) con cierta vocación de permanencia; y también sus dependencias. Morada es el espacio cerrado o en parte abierto,

¹³ V. BAUCCELLS I LLADOS, *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995, 1997*, Valencia, Tirant lo Blanch, 81 ss.

¹⁴ V. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 22.ª, 2019, Valencia, Tirant lo Blanch, 272 ss. y 386 ss.; CASTIÑEIRA PALOU/ESTRADA I CUADRAS, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.), RAGUÉS I VALLÈS (Coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6.ª, 2019, Barcelona, Atelier, 174 ss.; ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, «Delitos contra el patrimonio (III)», en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.), RAGUÉS I VALLÈS (Coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6.ª, 2019, Barcelona, Atelier, 282 ss.

¹⁵ Hay una diferencia sustancial entre ambos apartados del art. 245 CP (consecuencia de no tener el mismo origen): solo se exige que el objeto material del delito no sea morada en la ocupación pacífica. Por esta razón, dicha modalidad delictiva no plantea problemas concursales con el delito de allanamiento de morada. Sin embargo, una ocupación conseguida por medios violentos o intimidatorios plantea el siguiente problema: dado que, como se ha visto, los bienes jurídicos protegidos por ambos delitos son distintos (intimidad y posesión), no se vulneraría el principio de *non bis in idem* si la conducta se subsumiese bajo los dos simultáneamente, pero sí chocaría con este principio que la violencia o la intimidación cualificase a ambos. Según esta postura (concurso de delitos) estaríamos ante un concurso ideal entre: o bien un allanamiento básico con ocupación violenta o intimidatoria (que se castigaría con la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior –prisión de 1 año y 6 meses a 2 años–), o bien solo sería de aplicación la modalidad agravada del allanamiento de morada, puesto que la ocupación pacífica de morada no está tipificada. Como se ve, en la primera solución, la única que permite construir un concurso de delitos, el resultado es más benévolo (por ser el máximo más bajo y por no incluir la pena de multa) que si se aplica solo el allanamiento agravado del art. 202.2 CP (sea porque se opta por la segunda solución o porque se adopta la postura del concurso de normas), castigado con prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses.

¹⁶ V. HERRAIZ PAGÈS/DÍAZ SÁEZ, *Diligencia de entrada y registro e inviolabilidad de domicilio. Análisis integral y cuestiones prácticas*, 2020, Barcelona, Aferre, 27 ss.

separado del mundo exterior, que evidencia la voluntad del morador de excluir a terceras personas (que no cuentan con su consentimiento para entrar o permanecer en él) y que está destinado a actividades de la vida privada, propia¹⁷. El delito de allanamiento de morada, sobre todo a la hora de la actuación policial (que es casi de lo más se ha hablado últimamente), no presentará problemas si la morada es el domicilio habitual o primera residencia: la flagrancia delictiva será clara, máxime si es el domicilio en el que se está empadronado. Estos casos de ocupación de morada son muy raros y tienen una respuesta expeditiva. Los problemas aparecen con las segundas residencias, aunque parece que ahora ya está más claro (gracias también a las instrucciones) que las segundas residencias son morada siempre que se habite en ellas, aunque sea temporalmente (p. ej., la casa del pueblo o un apartamento utilizado solo en verano). No obstante, siempre habrá casos fronterizos, p. ej.: un apartamento puesto en alquiler por sus propietarios casi todo el año, menos unas semanas concretas en las que ellos mismos le dan un uso vacacional. Otro detalle importante es que este delito solo se tipifica en su modalidad dolosa, debiendo abarcar el dolo del sujeto activo el conocimiento de ese elemento típico; es decir, ha de conocer que se trata de una morada.

En segundo lugar, la propiedad (art. 33 CE) o, más concretamente, la facultad de posesión derivada de esta (específicamente el *ius possessionis*). Cuando el bien ocupado no es morada (y no concurre violencia o intimidación) los hechos se subsumen bajo el art. 245.2 CP. Comparte con el delito de allanamiento la ausencia de autorización debida, la ajenidad del inmueble y las dos modalidades de comisión activa (entrar) y pasiva (mantenerse dentro contra la voluntad del titular). Como ya indiqué al principio, la pena es de multa de 3 a 6 meses. Se habla normalmente de delito de usurpación porque el Capítulo en que se encuadra, dentro de los delitos patrimoniales, es el V «De la usurpación» (del Título VXIII), y el apartado 1, que tipifica la conducta violenta o intimidatoria, habla de ocupar cosa inmueble o usurpar derecho real inmobiliario; el 2 solo de ocupar pacíficamente, pero son «sinónimos»: se ocupa el inmueble y se usurpa el derecho real (la posesión). El TS exige¹⁸: cierta vocación de permanencia; un riesgo relevante para la posesión; que no exista título jurídico que legitime esa posesión, pues aunque solo haya sido autorizado temporalmente o como precarista, se habría de acudir a la vía civil; que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación; y que el dolo abarque la ajenidad y la ausencia de autorización unido a la voluntad de afectar la efectiva posesión del titular de la finca.

Una nota característica de ambas figuras delictivas es que son delitos permanentes, y eso tiene efectos, entre otras cosas, en la flagrancia delictiva¹⁹. Tanto el allanamiento como la usurpación/ocupación se consuman apenas el sujeto se ha introducido en el inmueble (con vocación de permanencia en este último), o deja transcurrir el tiempo suficiente para abandonarlo desobedeciendo la orden de salida, pero la lesión del bien jurídico es continua y se mantiene hasta

¹⁷ V. JIMÉNEZ PARIS, *La ocupación de inmuebles en el Código Penal español*, 2018, Madrid, Reus, 137 ss.

¹⁸ STS 800/2014 (fundamento de Derecho tercero).

¹⁹ Art. 795.1.1.ª LECr: «[...] se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él».

que cesa el allanamiento o la ocupación. Esto lo recuerdan también las Instrucciones: el delito sigue siendo flagrante y las FCSE podrán entrar en el domicilio y detener a los ilegítimos ocupantes (aunque con matices, pues la detención no cabe siempre ante los delitos de ocupación pacífica²⁰).

Por último, respecto a la regulación penal, otros delitos podrán aparecer también en una conducta de ocupación (ahora en sentido amplio). Para los casos de ocupación violenta, el propio art. 245.1 CP establece una relación concursal (se entiende, real-medial) entre el delito patrimonial y «las violencias ejercidas» (p. ej. lesiones). Como la fuerza en las cosas no se contempla como agravante específica del delito patrimonial, los daños producidos también pueden ser constitutivos de delitos autónomos (p. ej. daños). Asimismo, durante la ocupación pueden darse otros delitos patrimoniales, como defraudaciones de fluido eléctrico (art. 255 CP), o de otros títulos del CP, como falsedades documentales (si, p. ej., se falsifica un contrato de arrendamiento –art. 395 y concordantes CP–), desobediencia (art. 556.1 CP) e incluso los relacionados con organización o grupo criminal cuando entren en escena las llamadas «mafias de la ocupación» (art. 570 *bis* ss. CP).

IV. PROBLEMAS Y SOLUCIONES

Con este sistema de protección de varios niveles, aparentemente completo: ¿por qué se da esa sensación de impunidad?

En gran parte ha sido creada por los medios de comunicación con alguna finalidad (parece que los más beneficiados han podido ser las entidades bancarias y los «fondos buitres», cuyas viviendas suponen la mayoría de las ocupadas, las empresas de seguridad –alarmas, puertas blindadas...– y de desocupación –estas últimas de dudosa legalidad–); pero también tiene algo de realidad. Y es que, que existan casos que tardan en resolverse más de lo deseable es consecuencia de un sistema de protección incoherente. Tenemos desde 2018 una protección civil exprés, pero que ha de ceder ante la penal²¹ (eso sin tener en cuenta que la primera reacción suele ser, directamente, denunciar, aunque el inmueble no sea morada y aunque a los propietarios no les interese la sanción penal tanto como recuperar la posesión). Y tenemos una infracción administrativa para los casos que no sean constitutivos de delito (y, por tanto, con un reducido ámbito de aplicación²²) cuya sanción en forma de multa que puede llegar hasta los 600 €, mientras que la penal puede ser, si se impone una multa de 6 € al día (cantidad estándar que debería reducirse en los supuestos en los que los penados careciesen de ingresos estándar) durante 3 meses, de 540 €. Aun así, se puede concluir que, con la regulación existente, sí hay soluciones eficaces a corto plazo para los casos concretos de ocupación; eso sí, ante la multiplicidad de vías y a pesar de la no disposición total del cauce que puede tomar el procedimiento, habrá que elegir bien qué acciones se ejercitan. Lo que está claro es que la criminalización simbólica de conductas entorpece soluciones civiles rápidas. Y esto ya se dijo del delito de ocupación pacífica desde su nacimiento en 1995.

Desde luego, no se puede pretender una vía con la contundencia del Derecho penal, pero sin sus garantías (que suelen implicar lentitud). Y aquí vuelve la CE: si un propietario de un inmueble

²⁰ Art. 495 LECr.

²¹ Art. 40 LEC.

²² Según datos del INE, en 2019 se impusieron 710 en todo el Estado: <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/sec/jaxiPx/Datos.htm?path=/Datos10/10/&file=10002.px>.

que no es morada se entera de que este ha sido ocupado y denuncia, en caso de que haya dudas del título de los ocupantes y, por ello, ya no haya flagrancia delictiva, ese inmueble será considerado la legítima morada de los ocupantes (hasta que se demuestre que no tienen derecho a que lo sea). Se protege su domicilio (art. 18.2 CE) mientras no se destruya la presunción de inocencia (art. 24.2 CE); y eso puede provocar la indignación de los propietarios.

Pero el problema de fondo es más complejo.

Existen distintos tipos de ocupaciones, aunque en ocasiones (no inocentemente) se intenten mostrar como lo mismo: hay «okupaciones» políticas o sociales (normalmente de naves o edificios abandonados, con el fin de poner en marcha centros sociales, culturales... —esta rara vez es delito—), hay ocupación simbólica (p. ej. de fincas por jornaleros para protestar por sus condiciones laborales), hay narco-pisos; pero la que supone el mayor número de casos es la ocupación por necesidad²³. La solución al drama que supone que haya personas que tengan que ocupar para disponer de una vivienda no pasa por endurecer la legislación penal; una política criminal que quisiese poner solución al asunto debería plantearse resolver el problema de la vivienda en España (según datos del CGPJ²⁴ en 2019 se produjeron 54.006 desahucios —la cifra más baja desde 2008—: 36.467 por impago de alquiler, un 67,5 %; 14.193, un 26,3 %, por ejecuciones hipotecarias; y el 6,2 % restante, 3.346, por otras causas, entre las que están los delitos de usurpación/ocupación).

Aparece por fin el último derecho constitucional del título: el derecho a la vivienda (art. 47 CE). Por su ubicación, se trata de un principio rector de la política social y económica; lo que tiene importantes consecuencias. Finalizando ya y aunque no quería meterme (más) en un terreno que no es el mío²⁵, me niego a pensar que ese derecho constitucional, consagrado en la norma más importante de nuestro Ordenamiento jurídico, tenga menos efectividad que, p. ej., un bando municipal. Si el derecho a la vivienda «ya está escrito», tal vez su no aplicación efectiva solo sea un problema de interpretación (tanto el art. 18, como el art. 33 y el art. 47 CE se encuentran en el Título I «De los derechos y deberes fundamentales»). O quizá solo ha de desarrollarse: si la CE no ordena su protección en un grado máximo y no lo configura como directamente aplicable (como lo hace con el derecho a la inviolabilidad del domicilio²⁶ por su ubicación), la solución puede pasar por el desarrollo legislativo, tal y como se puede deducir de lo dispuesto por el art. 53.3 CE²⁷. Y si no fuera suficiente con que lo desarrollase una ley, el problema acabaría si se modificase la protección y efectividad («garantías») que se le brinda a este derecho en la CE (p. ej. cambiando su ubicación). Todo ello, en defensa de la Constitución y de los derechos que consagra.

²³ Si bien los jueces y tribunales no suelen aplicar la exigente completa de estado de necesidad (art. 20.5.º CP) por faltar el requisito de subsidiariedad.

²⁴ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Las-ejecuciones-hipotecarias-disminuyeron-un-36-5-por-ciento-en-2019-y-con-un-total-de-17-411--alcanzaron-la-cifra-mas-baja-de-los-ultimos-doce-anos->.

²⁵ Con razón señalaba el Prof. SOSA WAGNER en su intervención inaugural del curso que, lo responsable, tras identificar los problemas, es proponer soluciones.

²⁶ Aunque sea obvio, para que el domicilio sea inviolable primero hay que disponer de él: el derecho a la vivienda podría considerarse perfectamente un presupuesto del derecho fundamental a la intimidad.

²⁷ «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

Necesarias precisiones al debate sobre el control judicial de las medidas sanitarias

Luis Ángel Ballesteros Moffa

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de León. luis.ballesteros@unileon.es

Recibido
20 enero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE
Coronavirus; COVID-19; Limitación de derechos fundamentales; Estado de alarma; Autorización o ratificación contencioso-administrativa.

KEYWORDS
Coronavirus; COVID-19; Limitation of fundamental rights; State of alert; Contentious-administrative authorization or ratification.

Resumen

Las medidas sanitarias impuestas por actos administrativos para hacer frente a la pandemia han suscitado un intenso debate jurídico y político en torno a los requisitos constitucionales y legales para limitar derechos fundamentales (como la libertad personal y de circulación, reunión y manifestación, vida privada y familiar) en favor de la integridad física y salud pública. Más allá del Derecho de excepción, que ampara la restricción y suspensión de derechos fundamentales, el presente estudio se centra en la exigencia de autorización o ratificación contencioso-administrativa de cualesquiera decisiones limitativas en sanidad, según la competencia repartida entre varios órganos jurisdiccionales resultante de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Intervención judicial que, fuera del amparo del estado de alarma, se ha traducido en autos contradictorios, no tanto a la luz de los requisitos de necesidad y proporcionalidad, y respeto al contenido esencial de los derechos limitados, como en atención a la exigencia de reserva de ley suficiente.

Necessary clarifications to the debate on the judicial control of sanitary measures

Abstract

The health measures imposed by the administration in the fight against the pandemic have brought about a legal and political debate on the constitutional and legal requirements to limit fundamental rights (such as personal liberty and freedom of movement, assembly and demonstration, private and family life) in favour of public health. Without prejudice to the state of alarm, which protects the restriction of fundamental rights, this study focuses on the requirement for contentious-administrative authorization or ratification of these acts, according to the jurisdiction distributed among various judges and courts resulting from Law 3/2020, of 18th September, on procedural and organizational measures to address the COVID-19 in the area of the administration of justice. Judicial intervention that, outside the protection of the state of alarm, has resulted in conflicting decisions, beyond the constitutional requirements of necessity and proportionality, and respect for the essential content of limited rights, due to the requirement of sufficient legal reserve.

I. Requisitos constitucionales y legales para la limitación de derechos fundamentales en protección de la salud pública – II. El debate en torno a la autorización o ratificación contencioso-administrativa de los actos administrativos limitativos de derechos por salud pública. En particular, la reserva de ley – III. Otros capítulos de actualidad en materia de conflicto de derechos – Bibliografía

I. REQUISITOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES PARA LA LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA

Es sabido que los derechos fundamentales no son absolutos, y que la pandemia ha exigido la limitación de los mismos en aras de la integridad física (art. 15 Constitución) y salud pública (art. 43 Constitución) a través de diversos cauces jurídicos (aunque no todas las medidas sanitarias restrictivas afectan a derechos fundamentales¹): sobre todo, la libertad personal y de circulación (arts. 17 y 19 Constitución), pero también derechos de reunión y manifestación, vida privada y familiar, libertad religiosa, libertad de empresa, y hasta protección de datos (este último, por ejemplo, en las aplicaciones de rastreo de contactos y envío de avisos: Radar COVID², tocante también a la privacidad electrónica).

Para ello, nuestro ordenamiento jurídico parte de un sistema de protección de los derechos fundamentales, como único marco desde el que es posible su limitación o restricción (relativo), incluso suspensión o privación (absoluto).

a) La vía más enérgica son las medidas de limitación de derechos del estado de alarma y de suspensión de los estados de excepción y sitio, de acuerdo con los arts. 55.1 y 116 de la Constitución y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma,

¹ Aforos, horarios y cierre de establecimientos responden a medidas de intervención administrativa en el marco de las correspondientes competencias que no exigen control judicial por limitación a derechos fundamentales. Sí exigen control judicial la suspensión de visitas y salidas en centros residenciales de personas mayores, aparte de las medidas restrictivas amparadas por el actual estado de alarma como las de toque de queda, confinamientos perimetrales o permanencia de grupos. Así como la obligatoriedad de realización de pruebas diagnósticas, por limitar el derecho a la intimidad personal, siempre que no se trate de meras recomendaciones sin naturaleza imperativa (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 594/2020, de 28 de agosto).

² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública», *Diario La Ley*, núm. 9604, marzo 2020; BIURRUN, F., «Aplicaciones tecnológicas internacionales en la lucha contra el coronavirus», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 962, «Impacto jurídico del COVID-19», abril 2020; ÁLVAREZ CARO, M., «Privacidad y protección de datos en el rastreo de contactos para la lucha contra el COVID-19», *Diario La Ley*, núm. 9647, 5 de junio de 2020; BALLESTEROS MOFFA, L. A., «El filtro jurídico a la cascada de soluciones tecnológicas contra la COVID-19», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 207, julio/septiembre 2020; HERNÁNDEZ PEÑA, J. C., «Las aplicaciones de rastreo de contactos y su adecuación al derecho a la protección de datos en la lucha contra la Covid-19», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 33, octubre 2020; RIVERO ORTEGA, R., «Rastreadores y Radar COVID: obligaciones de colaborar y garantías», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, octubre 2020; TERRÓN SANTOS, D.; DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J. L. y FERNANDO PABLO, M. M., «Los derechos fundamentales de la privacidad: derecho y necesidad en tiempo de crisis», *ibid.*

Excepción y Sitio³. El vigente estado de alarma fue declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y prorrogado por el Real Decreto 956/2020, de 3 noviembre, previa autorización del Congreso, para dar cobertura jurídica a las limitaciones autonómicas (autoridades delegadas) de derechos fundamentales a través de «toque de queda» (medida obligatoria antes de la prórroga), confinamientos perimetrales, grupos en espacios públicos y privados, y aforos en lugares de culto.

b) Fuera del Derecho de excepción, también se prevé la limitación de derechos fundamentales por otros derechos o bienes jurídicos a través de ley, bajo proporcionalidad y con respeto de su contenido esencial. Si el art. 81.1 Constitución exige reserva de ley orgánica para el «desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas», con una interpretación restrictiva tanto del desarrollo (directo) como de los propios derechos (solo Sección I), el art. 53 Constitución consagra en todo caso la reserva de ley y demás requisitos, al afirmar que «solo por ley, que deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales del Capítulo II del Título I», además de la sujeción al amparo ordinario y constitucional para los reconocidos en su Sección I fundamentalmente⁴. Estos requisitos son reiterados por los documentos internacionales (arts. 8.2 y 18 CEDH, 52 CDFUE...) y jurisprudencia europea (Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo) y constitucional.

c) Además, cuando esta limitación de derechos fundamentales en aras de la protección urgente de la salud pública se articula a través de actos administrativos, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (arts. 8.6, 10.8, 11.1.i y 122 quáter LJCA, algunos introducidos por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas en la Administración de Justicia para hacer frente a la pandemia) exige para su ejecución la autorización o ratificación por la Justicia administrativa (antes o después de la ejecución) a la luz del sistema constitucional; competencia repartida entre varios órganos contencioso-administrativos, como se verá más adelante⁵.

Hay que recordar que también se exige autorización contencioso-administrativa por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para la ejecutoriedad de actos administrativos por limitar derechos fundamentales en los casos de entrada en domicilio u otros lugares que exijan consentimiento del titular (salvo medidas de protección de menores)⁶, incluida la propiedad privada (art. 91.2 LOPJ, que, en el caso de la expropiación, afecta a domicilios y «lugares cerrados sin acceso al público», según el art. 51 de su Ley reguladora). Y, si no se

³ Por todos, CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.

⁴ «[...] Por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal [...]» (STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5.º).

⁵ Con relación a las previsiones anteriores, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. señala que «hay que tener en cuenta que la norma administrativa que estudiamos se configura como una verdadera norma en blanco que requiere del complemento correspondiente para su plena integración en este extremo», y que no es otra que la legislación sanitaria («La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre 2009, pág. 82).

⁶ También en los casos de oposición a la inspección por la Comisión Nacional de la Competencia, incluidos los medios de transporte.

atiende al requerimiento, para cerrar o eliminar contenidos lesivos para el derecho de propiedad intelectual de servicios de la sociedad de la información por la Sección Segunda⁷ de la Comisión de Propiedad Intelectual, con la consiguiente limitación a los derechos de intimidad, privacidad, libertad de expresión e información, por parte de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo (art. 195 de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, y art. 122 bis LJCA⁸, introducidos por la Ley de Economía Sostenible)⁹. Asimismo se exige autorización contencioso-administrativa para el ejercicio de la potestad administrativa de inspección para el requerimiento de datos de identificación y tráfico a operadores de servicios de comunicaciones electrónicas y prestadores de servicios de la sociedad de la información (limitación a secreto de las comunicaciones electrónicas) tanto por la Agencia Española de Protección de Datos (salvo dos supuestos de dudosa constitucionalidad por extenderse a datos de tráfico) como la Comisión Nacional del Mercado de Valores y otras Autoridades administrativas independientes, en todos estos supuestos por parte de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo; y en el caso de las Autoridades autonómicas de protección de datos por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 52 y disposición adicional 15 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantías de Derechos Digitales, y arts. 74.7 y 90.7 LOPJ modificados por la Ley de Protección de Datos). Así como para el requerimiento de datos de identificación a prestadores de servicios de la sociedad de la información por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual y otras autoridades competentes a fin de su potestad de interrumpir la prestación de un servicio de la sociedad de la información o retirar su contenido lesivo por causa penal, discriminación, infancia, consumo o propiedad intelectual, por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo (arts. 8.2 LSSI y 122 bis LJCA, introducidos por la Ley 2/2011, 4 de marzo, de Economía Sostenible).

II. EL DEBATE EN TORNO A LA AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS LIMITATIVOS DE DERECHOS POR SALUD PÚBLICA. EN PARTICULAR, LA RESERVA DE LEY

Este sistema tuitivo para limitar o suspender derechos no ha impedido numerosas controversias políticas y jurídicas en la crisis sanitaria, empezando por conflictos competenciales¹⁰, con el resultado de actos administrativos y resoluciones judiciales

⁷ La Sección Primera tiene facultades de mediación y arbitraje, en los términos del art. 158 de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁸ Dentro del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

⁹ Para la adopción de estas medidas por el resto de órganos competentes, el art. 8.1 *in fine* de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información establece que «en todos los casos en los que la Constitución y las leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, solo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información».

¹⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, V., «La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, octubre 2020, 28 págs.

aparentemente contradictorias¹¹. Entre las aristas más significativas se encuentran las siguientes: ¿Se debe utilizar el estado de alarma o la vía legal ordinaria para limitar derechos fundamentales?¹² ¿Los estados de alarma declarados (sobre todo los confinamientos domiciliarios) van más lejos de la limitación de derechos dando lugar a verdaderas suspensiones?¹³ ¿Se ha actuado *ultra vires*?¹⁴ Más aún, ¿la prórroga excesiva del estado de alarma es un oxímoron en cuanto alarma permanente? ¿Las crisis no son tan excepcionales ante un Derecho previsor? Y, en concreto, ¿hay suficiente habilitación legal fuera del Derecho de excepción? ¿Y proporcionalidad? En definitiva, ¿se han respetado los cauces y requisitos constitucionales para limitar derechos fundamentales?

¹¹ De «verdadero desbarajuste jurídico-administrativo» habla FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., en «El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: del estado de alarma de Madrid y el desbarajuste jurídico-administrativo de las medidas contra el coronavirus a otro estado de alarma, con prórroga, ..., de nuevo con problemas constitucionales», *Diario La Ley*, núm. 9741, 23 de noviembre de 2020.

¹² Sobre el Derecho público de excepción, y, en particular, el estado de alarma por la crisis sanitaria, ATIENZA MACÍAS, E. y RODRÍGUEZ AYUSO, J. F. (Dir.), *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*, Dykinson, Madrid, 2020; BLANQUER, D. (Coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; PEÑASCO, R., *Covid19: ¿un antes y un después en la Historia de la Humanidad? Análisis socio-jurídico de un cambio de paradigma y de los nuevos parámetros y grandes retos del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2020; PISTOR, K. (ed.), *Law in the Time of COVID-19*, Columbia Law School, New York, 2020, <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240> *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86/87, «Especial Coronavirus», marzo/abril 2020; *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 962, «Impacto jurídico del COVID-19», abril 2020; *Observatorio de Derecho Público y Constitucional y COVID-19 en España*, iniciativa emprendida por COTINO HUESO, L., en <https://derechocovid.com/>; *Observatorio de Contratación Pública* en <http://obcp.es/secciones/covid-19/>; *El Consultor de los Ayuntamientos* en <https://elconsultor.laley.es/content/Inicio.aspx>; la serie «Coronavirus y Derecho» por el *Foro de Investigación de Ciencias Sociales y Jurídicas*, en www.forocsyj.es; *European Journal of Risk Regulation*, 11-2, junio 2020, «Taming COVID-19 by Regulation», en <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation>.

¹³ El FJ 2.º del Auto del Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril, sobre la limitación de los derechos de reunión y manifestación en el estado de alarma, ha recordado que «la STC 83/2016 se pronunció en cuanto al alcance que la declaración del estado de alarma podía tener sobre los derechos fundamentales, poniendo de relieve su menor intensidad respecto de los estados de excepción y sitio en cuanto a este extremo. Así, en el FJ 8.º se reconoce que, a diferencia de aquellos, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *contrario sensu*), “aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. En este sentido, se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos [...]”».

¹⁴ FUERTES LÓPEZ, M., «Estado de excepción, no de alarma», *El Mundo*, 20/04/2020; también en *Diario del Derecho*, Iustel, en https://www.iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197263&; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus. Las dudas constitucionales sobre el estado de alarma y los excesos normativos», *Diario La Ley*, núm. 9634, mayo 2020; DE LA SIERRA, S., «Old Norms and New Challenges in Spain’s Response to COVID-19», *The Regulatory Review*, University of Pennsylvania, mayo 2020, en <https://www.theregreview.org/2020/05/20/de-la-sierra-old-norms-new-challenges-spain-response-covid-19/>

En este conflicto entre salud pública y otros derechos ha causado especial estrés jurídico la actuación no uniforme de la Justicia administrativa cuando ha tenido que autorizar o ratificar los actos administrativos de limitación de derechos por sanidad pública, centrada curiosamente en la reserva de ley y no tanto en la proporcionalidad de las medidas. Control judicial ahora innecesario, salvo para algunas medidas, por la cobertura o «paraguas» jurídico que representa el estado de alarma, tal y como reconoce el art. 2.3 de su Real Decreto 926/2020¹⁵, sin perjuicio naturalmente del control constitucional de la propia norma y de plena legalidad de las medidas a través de las correspondientes impugnaciones.

Si bien los actos administrativos gozan de los principios de ejecutividad inmediata (de obligado cumplimiento tras la formal notificación/publicación de los mismos) y ejecutoriedad (ejecución forzosa por procedimientos administrativos de ejecución) sin necesidad en ambos casos de impetrar el auxilio judicial (autotutela administrativa frente a la heterotutela privada), ambos principios cuentan con importantes excepciones: en la ejecutividad la tutela cautelar y las sanciones, y en la ejecutoriedad la actuación preceptiva de órganos jurisdiccionales en inspecciones administrativas o antes o después de la ejecución, esta última por necesidad y urgencia (arts. 99¹⁶ y 100.3 de la Ley 39/2015, 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común). Con independencia de posibles recursos sobre la legalidad del acto donde pudiera suspenderse la ejecutividad.

Antes de nada, se plantea el problema de si la exigencia de autorización o ratificación de las medidas sanitarias debe extenderse tan solo a actos administrativos individuales o también a verdaderas previsiones generales dirigidas a la población. Si bien el resto de supuestos de autorización judicial de actos limitativos de derechos tienen un alcance singular (entrada en domicilio, competencia, propiedad intelectual, privacidad), la redacción original del art. 8.6 LJCA, introducida por la disposición adicional séptima de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, no era clara al prescribir que «corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental», añadiendo tan solo el preámbulo que «la disposición adicional séptima modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, para aclarar el régimen de recursos contra las resoluciones de los órganos nacionales y autonómicos de competencia así como el procedimiento de autorización judicial para el caso en que exista oposición a una inspección realizada en aplicación de la presente Ley».

¹⁵ «Las autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para dictar, por delegación del Gobierno de la Nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno *ni será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 8.6 y en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*».

¹⁶ «Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de un órgano judicial».

No exenta de crítica doctrinal¹⁷, pese a la consideración extensiva durante la crisis por la Administración y parte de la Justicia administrativa¹⁸, así lo ha refrendado finalmente la Ley 3/2020 de medidas en la Administración de Justicia frente al COVID, al reformar la competencia de los Juzces y Tribunales para estas concretas autorizaciones o ratificaciones judiciales: de los Juzgados de lo contencioso-administrativo, a repartirse entre estos Juzgados (cuando tengan destinatarios determinados: art. 8.6 LJCA), Salas de lo Contencioso-administrativo de Tribunales Superiores de Justicia (para destinatarios indeterminados y autoridad sanitaria no estatal: art. 10.8 LJCA) y Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (destinatarios indeterminados y autoridad sanitaria estatal: art. 11.1.i LJCA). Con carácter general, dentro del procedimiento especial de derechos fundamentales, el art. 122 quáter LJCA declara preferentes estos trámites, con su resolución en un plazo máximo de 3 días naturales, debiendo ser parte el Ministerio Fiscal. Lo que tiene incidencia en los recursos contra estos autos, pues, aunque se sigue previendo solo el recurso de apelación contra los autos de los Juzgados en esta materia (art. 80 LJCA), ha de incluirse con la reforma el recurso de casación previa súplica/reposición en los otros dos supuestos ante órganos superiores (art. 87 LJCA).

Por otro lado, es clara la doctrina de limitación de derechos fundamentales por otros derechos o bienes jurídicos¹⁹: En primer lugar, como se señaló, reserva y calidad de ley, con las

¹⁷ MUÑOZ MACHADO, S. lo considera una traba judicial pues, «además de convertir a la jurisdicción en un coadministrador, que participa, sin información suficiente, en el ejercicio de potestades administrativas discrecionales, e incluso en el ejercicio de la potestad reglamentaria [...], constituyen un trámite rémora por completo dispensable en situaciones de crisis» («El poder y la peste de 2020», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 90/91, diciembre 2020/enero 2021, pág. 128). En palabras de ÁLVAREZ GARCÍA, V., «la declaración de la falta de competencia para la ratificación de las medidas sanitarias generales por parte de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos que hasta la reforma [...] podía haberse arreglado con un simple y fácil cambio de interpretación, se ha convertido en este momento en un problema estructural en nuestro Derecho: la aprobación de todas las medidas sanitarias generales que puedan suponer una limitación de un derecho fundamental deben contar ahora con la intervención de la voluntad de dos Poderes (el Reglamentario y el Judicial). De esta forma, el Poder Judicial se convierte realmente en otro poder normador, junto al Ejecutivo y al Legislativo [...]» («El comportamiento del Derecho de crisis durante la segunda ola de la pandemia», *ibid.*, pág. 30; y «La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización...», *op. cit.*). Asimismo, SALAMERO TEIXIDÓ, L., «La función no revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa», en EZQUERRA HUERVA, A. y OLIVÁN DEL CACHO, J. (Dir.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 203-277; y «Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19», *Diario La Ley*, núm. 9632, mayo 2020, págs. 1-10; MOZO AMO, J., «La ratificación judicial de las medidas adoptadas por la Administración en supuestos de urgencia y necesidad para la salud pública: el párrafo segundo del art. 8.6 LJCA», *Actualidad Administrativa*, núm. 5, 2020; CIERCO SEIRA, C., «Derecho de la salud pública y COVID-19», en BLANQUER, D. (Coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 59 y ss.

¹⁸ FERNÁNDEZ TORRES, J. R., «La justicia administrativa durante el estado de alarma», en BLANQUER, D. (Coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 325 y ss.

¹⁹ Por todos, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos fundamentales*, Latina Universitaria, Madrid, 1980; PAREJO ALFONSO, L., «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de

características de accesibilidad (publicada) y previsibilidad (hay certeza en los límites que se establecen)²⁰. En segundo lugar, principio de necesidad (no conveniencia) y proporcionalidad en una sociedad democrática, con el triple juicio de idoneidad o racionalidad (la medida restrictiva o límite consigue el objetivo propuesto para el bien constitucional), de necesidad (no hay otra medida menos gravosa para conseguir el objetivo del bien constitucional), y de proporcionalidad en sentido estricto (produce más beneficios que perjuicios en una ponderación entre el derecho limitado y el bien constitucional)²¹. Y, en tercer lugar, respeto al contenido esencial del derecho limitado, rebasándose este contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable o dificultan más allá de lo razonable, de forma que deja de ser reconocible²².

Uno de las inopinadas resoluciones ha sido el Auto de 8 de octubre de 2020, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que denegó la ratificación del confinamiento perimetral

abril de 1981», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, septiembre/diciembre 1981, págs. 169-190; AGUIAR DE LUQUE, L., «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, págs. 9-24; MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996; MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 1997; DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, CEPC, Madrid, 2002; BRAGE CAMAZANO, J., *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «Los límites de los derechos fundamentales», en AAVV, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.^a, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2013. Y, en particular, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias», *op. cit.*, págs. 79 y ss.

²⁰ La STC 292/2000, de 30 de noviembre, recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «ha exigido que tales limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito [...]» (FJ 9).

Las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley «pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación», pues «la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción [...]» (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 15; y 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5).

²¹ «[...] Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (STC 96/2012, de 7 de mayo de 2012, FJ 10).

²² Contenido esencial que obedece a «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito [según] el momento histórico de que en cada caso se trata y condiciones inherentes en las sociedades democráticas»; o a aquella parte «absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos [...]» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8).

establecido en la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería madrileña de Sanidad²³, en ejecución del Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, y que daría lugar para la aplicación de esta medida al estado de alarma en diversos Municipios de la Comunidad de Madrid²⁴ (RD 900/2020, de 9 de octubre).

Pudiera pensarse *prima facie* que esta decisión se fundamentaba en la escasa habilitación legal fuera del Derecho de excepción, o por causa de proporcionalidad. Como en el caso por ejemplo del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de octubre de 2020, por el que no se ratificó el confinamiento perimétrico del Municipio de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza). O el más reciente Auto de 6 de noviembre de 2020 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, al no ratificar tampoco la decisión de la Junta de suspender las visitas y salidas en los centros residenciales de personas mayores, en restricción para un sector de la población de los derechos fundamentales de libertad, libre circulación y reunión (punto 5.º del apartado segundo del Acuerdo 78/2020, de 3 de noviembre, de la Junta de Castilla y León, por el que se declara el nivel de alerta 4 para todo el territorio de la Comunidad de Castilla y León y se adoptan medidas sanitarias preventivas de carácter excepcional para la contención de la covid-19 en la Comunidad de Castilla y León²⁵):

«La medida adoptada en el Acuerdo 78/2020 rebasa el presupuesto habilitante de la Ley [Orgánica] 3/1986, tanto por la extraordinaria situación de crisis sanitaria mundial existente, persistiendo en el tiempo, como por la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales concernidos, produciéndose de facto un confinamiento domiciliario de un sector de la población en todo el ámbito de la Comunidad de Castilla y León, de forma indiferenciada, sin distinción de centros residenciales afectados o no por la enfermedad de que se trata, a diferencia de lo realizado en las medidas anteriores, entre municipios más o menos afectados por la enfermedad transmisible, lo que exige una ley que la posibilite con las garantías y exigencias de la doctrina constitucional sobre esta materia» (Auto TSJ Castilla y León, de 6 de noviembre de 2020, FJ 4.º).

²³ Según su apartado 8.º, «la presente Orden se publicará en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y surtirá efectos desde las 22:00 horas del día 2 de octubre de 2020 por un período inicial de catorce días naturales, pudiendo ser prorrogado si así lo requiriese la evolución de la situación epidemiológica de mantenerse las circunstancias que motivan su adopción».

²⁴ Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz (a estos nueve Municipios, la Orden madrileña 1273/2020 sumaba Alcalá de Henares).

²⁵ «Se suspenden las visitas en los centros residenciales de personas mayores, salvo circunstancias individuales en las que sean de aplicación medidas adicionales de cuidados y humanización o situaciones de final de la vida, que adoptará la dirección del centro, sin perjuicio del uso de formas alternativas de contacto entre los residentes y sus familiares tales como videoconferencias, llamadas telefónicas o similares. Asimismo, no se permiten las salidas de los residentes fuera del recinto de la residencia salvo para acudir al médico y similares o situaciones de fuerza mayor». Según el apartado sexto, «el presente Acuerdo producirá efectos desde el día 6 de noviembre a las 00:00 horas y mantendrá su eficacia mientras subsista la situación de riesgo que ha motivado la declaración del nivel de alerta 4 [...]».

No puede desconocerse que el déficit de legislación habilitadora –a diferencia, por cierto, del Derecho comparado²⁶– ha sido censurado por estos y otros Autos²⁷:

«Resulta llamativo que ante el escenario sanitario descrito no se abordara una reforma de nuestro marco normativo más acorde con las confesadas necesidades de combatir eficazmente la pandemia del Covid-19 y afrontar la grave crisis sanitaria que padece el país, pese al consenso doctrinal existente acerca de que la regulación actual de los instrumentos normativos que permiten la limitación de derechos fundamentales, con el objeto de proteger la integridad física (artículo 15 CE) y la salud (artículo 43 CE), íntimamente conectados entre sí, resulta ciertamente deficiente y necesitada de clarificación. [...] No parece justificado que para la limitación de la libertad de circulación en horario nocturno sea precisa la declaración del estado de alarma, al amparo de lo dispuesto en el artículo cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, con el fin de contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, pero no sea necesaria para limitar la libertad de circulación todo el día, aunque solo afecte a un determinado sector de la población de toda una Comunidad Autónoma [...]» (Auto TSJ Castilla y León, de 6 de noviembre de 2020, FJ 6.º).

Pero lo cierto es que la decisión de no ratificación del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se basaba en el insuficiente amparo legal invocado en la concreta medida administrativa:

«[...] Sin perjuicio de la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de otros instrumentos y procedimientos que autorizan, sin duda alguna, la limitación del derecho fundamental del que ahora tratamos en concreto, bajo ciertos presupuestos y con el sometimiento a las garantías y medios de control, así como al sistema de contrapesos entre Poderes del Estado que, para la tutela de los derechos fundamentales, nuestra Constitución establece. [...] Concluye la Sala que la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y en concreto su artículo 65, no contiene una habilitación legal para el establecimiento de medidas limitativas de derechos fundamentales. La consecuencia de tal apreciación es que las medidas limitativas de derechos fundamentales que establece la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, meramente en ejecución de la Orden comunicada de 30 de septiembre de 2020, constituyen una injerencia de los poderes públicos en los derechos fundamentales de los ciudadanos sin habilitación legal que la ampare, es decir, no autorizada por sus representantes en las Cortes Generales, por lo que no puede ser ratificada» (Auto TSJ de Madrid, de 8 de octubre de 2020, FFJJ 5.º y 6.º).

²⁶ «[...] La dificultad que tenemos todos (con las Administraciones y los Jueces a la cabeza) con el uso de las cláusulas generales [art. 3 Ley Orgánica 3/1986] que permiten adoptar las medidas necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria [...] hace que nos debamos plantear como sociedad desarrollada la aprobación de una ley estatal específica y pormenorizada para hacer frente de manera eficaz a las epidemias, como tienen los alemanes con su ley federal para la protección frente a las enfermedades infecciosas (Infektionsschutzgesetz del año 2000)»: ÁLVAREZ GARCÍA, V., «La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización...», *op. cit.*

²⁷ En la vertiente doctrinal, en particular, SALAMERO TEIXIDÓ, L., «La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo y emergencia», en BLANC ALTEMIR, A. y CIERCO SEIRA, C. (Coord.), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Thomson-Aranzadi, 2018.

Respecto a ello, hay que recordar que, aunque el principio de congruencia en la Justicia administrativa (arts. 33 y 67.1 LJCA)²⁸ es extenso, en la medida en que las resoluciones judiciales han de ser congruentes con el recurso, demanda y contestación a la demanda tanto en lo que se refiere a las pretensiones de las partes (*petitum* con objeto en suplico²⁹) –pretensiones que incluyen también los hechos que sustentan la pretensión (*causa petendi*) y los sujetos en la calidad en que actúan–, como a los motivos de impugnación que fundamenten el recurso con las consiguientes excepciones y oposición, no enerva en ningún caso el principio *iura novit curia* («dame los hechos y te daré el derecho»), pues los órganos jurisdiccionales no tienen necesariamente que ajustarse a los argumentos jurídicos o preceptos alegados. Aparte de poder plantearse a las partes la extensión de pretensiones (anulación de preceptos) y «cuestiones» o motivos de impugnación u oposición (art. 33.2 y 3 LJCA)³⁰:

«La doctrina sobre la congruencia, que según lo dicho puede en algunas especiales ocasiones determinar una violación del art. 24 de la Constitución, por inobservancia del derecho de defensa, es perfectamente compatible con el principio tradicional según el cual iura novit curia. Los Tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo iura novit curia les autoriza para ello. [...] La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado con reiteración, que, así como no puede la Sentencia rebasar la extensión de lo pedido, según prescribe el clásico aforismo según el cual ne est iudex ultra petitum partium, no puede tampoco modificar la causa de pedir y a través de ella llevar a cabo una alteración de la acción ejercitada, pues si ejercitada una acción y producida una defensa frente a ella, estimara el Tribunal otra acción diferente tal Sentencia se habría dictado sin verdadera contradicción y sin que en el punto objeto de la resolución hubiera existido debate ni defensa. Por eso dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1974 que no puede pretenderse bajo el principio iura novit curia que el Tribunal pueda cambiar la acción ejercitada» (STC 20/1982, de 5 de mayo, FFJJ 2.º y 3.º).

«[...] En la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones –de índole varia, de anulación, de condena, etc.–, que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones (en tanto que cuestionan la validez del acto o

²⁸ De forma análoga al procedimiento administrativo (art. 88.1 y 2, y 119.3 LPC), e incluso al proceso penal donde la congruencia se incardina en el más general principio acusatorio (frente al inquisitivo), según el cual, a riesgo de simplificación, el Juez o Tribunal no puede actuar de oficio (solo el Fiscal y la acusación particular y popular) en el ejercicio de la acción penal (apertura y desarrollo de juicio oral), la determinación de los hechos y personas contra los que se dirige, la concreción de los delitos y la imposición de una pena superior en la sentencia; siendo solo discrecional en la valoración jurídica.

²⁹ Según arts. 31 a 33 LJCA, desde la pretensión anulatoria a la pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada (como la indemnización de daños y perjuicios), pasando por la pretensión de condena de hacer de una concreta obligación administrativa o de declaración de la vía de hecho como contraria a Derecho y su cese.

³⁰ SALAMERO TEIXIDÓ, L., «Principio de congruencia, prohibición de la *reformatio in peius* y deber judicial de resolver con arreglo a la motivación jurídica correcta», *Revista de Administración Pública*, núm. 189, septiembre/diciembre 2012, págs. 203-243.

disposición impugnados), y que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. Argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, para acogerlas o rechazarlas en todo o en parte, sino que aquél examine y se pronuncie sobre todas las cuestiones que han servido de soporte inmediato a las pretensiones, es decir, requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han planteado ante el Órgano Jurisdiccional. No así sucede con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir, en un “íter” paralelo a aquel discurso» (STS de 5 de noviembre de 1992, Sala Tercera, Sección Primera, Recs. 54/1991 y 82/1991, FJ 2.º).

Además, en estos casos de autorización o ratificación judicial de medidas restrictivas de derechos, el Juez o Tribunal no estaría vinculado siquiera por el motivo o justificación genérica de reserva de ley para fundamentar la restricción, por cuanto el órgano judicial tiene que realizar un control pleno de la misma y confirmar que se dan todos los requisitos para la limitación del derecho, esto es, reserva ley, proporcionalidad y respeto del contenido esencial del derecho limitado, aunque solo se haya alegado por la Administración la reserva de ley. Sin que el auto, desde luego, puede quedar constreñido a la concreta ley alegada para justificar la habilitación legal. Pues, si no es suficiente el art. 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, por aludir tan solo a funciones de coordinación, podrían considerarse otras leyes habilitantes, más allá de la conveniencia de una reforma legislativa (arts. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de Salud Pública; 26.1 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; 51.1 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública). O bien rechazarse la ratificación por razón de insuficiente habilitación legal fuera del Derecho de necesidad, pero no con base en la única ley invocada³¹.

III. OTROS CAPÍTULOS DE ACTUALIDAD EN MATERIA DE CONFLICTO DE DERECHOS

En este contexto de tensión y limitación de derechos, verdadera «letra pequeña» de los derechos fundamentales, no resulta ocioso hacer referencia a dos capítulos también de actualidad centrados en el concreto conflicto entre privacidad y seguridad pública, que está

³¹ Según VELASCO CABALLERO, F., «ni la Constitución ni ley alguna imponen al Gobierno o la Administración la obligación de citar –bajo amenaza de nulidad– el concreto precepto legal que permita imponer restricciones en el ejercicio de un derecho fundamental. Es la sala judicial, como concedora del Derecho (*iura novit curia*), quien debe comprobar si existe o no esa autorización legal. Tanto si esa cobertura legal la invoca correctamente la autoridad administrativa, como si la aporta el Ministerio Fiscal en el trámite de informe, o como si la aprecia de oficio la propia Sala [...]» («El Tribunal Superior de Justicia de Madrid no ratifica los confinamientos, por falta de autorización legal», en <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/>).

dando lugar a un régimen especial de protección de datos³². La seguridad pública, prístina responsabilidad del Estado y vinculada también a la salud pública³³, se sitúa ciertamente a la cabeza de las excepciones a la privacidad, como demuestran estas últimas novedades, normativa y jurisprudencial:

a) Uno de ellos se refiere a la Directiva PNR (UE) 2016/681, de 27 de abril, que ha sido transpuesta por la Ley Orgánica 1/2020, de 16 de septiembre, sobre la utilización de los datos del Registro de Nombres de Pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves, pese a que el plazo de transposición concluyó el 25/05/2018. Aparte de la comunicación por las compañías aéreas a las autoridades nacionales competentes de los datos API (*Advance Passenger Information* o información anticipada sobre los pasajeros), en virtud de la Directiva 2004/82/CE, de 29 de abril, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, con el fin de mejorar los controles fronterizos y combatir la inmigración ilegal, la Directiva PNR (UE) 2016/681 añadió la obligación por las compañías aéreas que realicen vuelos exteriores de la UE –pudiéndose ampliar por los Estados a vuelos intracomunitarios, como en el caso de España– de transferir a las autoridades nacionales competentes los datos PNR (*Passenger Name Record* o Registro de Nombres de los Pasajeros: identificación, datos de contacto, itinerario, pago, equipaje...), incluidas la tripulación y cualquier otra persona a bordo, con el fin de prevenir, detectar, investigar y enjuiciar los delitos de terrorismo y delitos graves. Información que es objeto de intercambio mutuo entre los Estados miembros y Europol, e incluso de transferencia a autoridades de terceros países con sujeción a requisitos adicionales. Sin perjuicio de Acuerdos PNR bilaterales, como los suscritos entre la Unión Europea y Estados Unidos, Canadá y Australia³⁴.

³² *In extenso*, BALLESTEROS MOFFA, L. A., *Las fronteras de la privacidad. El conflicto entre seguridad pública y datos personales en una sociedad amenazada y tecnológica*, Comares, Granada, 2020.

³³ «El derecho a la protección de la salud, como principio rector de la política social y económica, cumple una función instrumental crucial en relación con la dignidad humana (art. 10 Constitución) y los derechos a la vida del art. 15, y a la seguridad (art. 17) en la medida, en este último caso, en el que la salud pública adquiere un valor esencial para la garantía del orden público y la convivencia democrática»: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19...», *op. cit.*, pág. 3.

³⁴ GUILLOT, P., «Ombres et lumières sur le droit fondamental à la protection des données personnelles confronté aux services de renseignement en matière de prévention du terrorisme», *Les Annales de droit*, núm. 10, 2016, págs. 165-196; CATALINA BENAVENTE, M.^a A., «La Directiva europea (UE) 2016/681, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de los datos PNR en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia grave», *Diario La Ley*, núm. 8801, julio 2016; BRETT, R., «La directive “PNR” du 27 avril 2016, nouvelle étape de la politique européenne de lutte contre la criminalité», *Europe: actualité du droit communautaire*, núm. 2017, págs. 5 y ss.; VILLANI, S., «Some further reflections on the Directive (EU) 2016/681 on PNR data in the light of the CJEU Opinion 1/15 of 26 July 2017», *Revista de Derecho Político*, núm. 101, 2018, págs. 899-928; ARCHAMBAULT, L., «La directive PNR et son articulation avec le RGPD: l’instauration d’un fichier de données des passagers aériens, outil efficace de la lutte contre le terrorisme et respectueux des données personnelles?», *Gazette du palais*, núm. 1, 2019, págs. 123 y ss.

En concreto, según la reciente Ley de transposición, las compañías aéreas y entidades de gestión de reserva de vuelos tienen la obligación de transferir³⁵ los datos PNR a la Unidad de Información sobre Pasajeros (UIP) española, integrada en el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO), dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior. Entre cuyas funciones se encuentra la de tratarlos mediante su valoración previo cotejo con las bases pertinentes, con exclusión de los datos y criterios sensibles, transmitiendo en su caso dichos datos (no de forma masiva) o el resultado de su tratamiento a las autoridades competentes (Policía Nacional, Guardia Civil, Policías autonómicas, CNI, Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, Jueces y Tribunales, Ministerio Fiscal), UIP de otros Estados miembros de la Unión Europea, Europol y terceros países.

No hace falta hurgar mucho en esta legislación para constatar en estos tratamientos vinculantes anudados a la seguridad importantes limitaciones de privacidad justificadas en la misma, sin perjuicio de las debidas garantías³⁶, con la aplicación supletoria del RGPD y LOPDGDD respecto a la transmisión de los datos por las compañías aéreas, y de la Directiva de policía (UE) 2016/680, de 27 de abril, en cuanto a su tratamiento por la UIP y autoridades competentes.

b) El otro dato de actualidad en este contexto tiene su origen en la Directiva 2006/24/CE, de 15 de marzo, de conservación o retención de datos de tráfico de comunicaciones electrónicas (Directiva Frattini tras los atentados terroristas de Madrid y Londres), y en su transposición por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas, junto con los arts. 588 ter j LECrim. y 42 de la Ley General de Telecomunicaciones. Normativa que, frente a la regla general de privacidad electrónica de eliminación de los metadatos o datos de tráfico de comunicaciones electrónicas (con datos de localización cuando sean precisos para la comunicación), tras el cumplimiento de su función técnica de comunicación y facturación (con consentimiento para cualquier otro tratamiento³⁷), y la regla del consentimiento también para el tratamiento de datos de localización cualificados distintos a los metadatos (GPS, huella digital, rastreo de la localización...)³⁸, establece la obligación de los prestadores de comunicaciones electrónicas

³⁵ Entre las 48 y 24 horas anteriores a la salida programa del vuelo, y una vez cerrado el vuelo, según los formatos y protocolos de la Decisión de Ejecución de la Comisión (UE) 2017/759, de 28 de abril.

³⁶ Como la supresión de los datos PNR facilitados por las compañías a la UIP, en concreto, a los cinco años desde su transmisión según los arts. 12 de la Directiva PNR (UE) 2016/681 y 19 de la Ley Orgánica 1/2020, sin perjuicio de su utilización y conservación por las autoridades competentes a los fines delictuales graves, aunque tras seis meses los datos PNR que permitan la identificación directa del afectado serán despersonalizados mediante enmascaramiento, permitiéndose solo su transmisión a las autoridades competentes previa aprobación por la autoridad judicial o Secretario de Estado de Seguridad.

³⁷ El Dictamen 01/2017, de 4 de abril, del GT art. 29 sobre la Propuesta de Reglamento *ePrivacy* (ref. 17, WP 247) precisa que debe ser posible procesar los datos de las comunicaciones electrónicas con el consentimiento del usuario final que haya solicitado explícitamente un servicio, como la función de búsqueda o de indexación de palabras clave, los asistentes virtuales, los motores de texto a voz y los servicios de traducción. Pero el análisis de contenido y/o metadatos para todos los demás fines, como el análisis, la elaboración de perfiles, la publicidad conductual u otros fines en beneficio comercial del proveedor, requiere el consentimiento de todos los usuarios finales cuyos datos sean procesados.

³⁸ Consentimiento expreso ya para todos los supuestos en el Proyecto de Reglamento *ePrivacy*, frente al Reglamento interno de servicio universal y derechos de los usuarios (Real Decreto 424/2005, de

de conservar preventiva y genéricamente los mismos durante doce meses, para su cesión en su caso con autorización judicial a la policía judicial o CNI para los fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves³⁹ (nunca el contenido de las comunicaciones).

Si la Directiva 2006/24/CE fue anulada *in toto* por incumplir el principio de proporcionalidad por la STJUE de 8 de abril de 2014 (Digital Rights Ireland, C-293/12 y C-594/12), nuestra Ley de Conservación se ha mantenido apoyada en la previsión genérica de conservación de datos de la Directiva general de privacidad electrónica 2002/58/CE, que regula los riesgos específicos de datos de tráfico, *cookies*, *spam*, etc. (Informe AEPD 0343/2013). Aunque la Propuesta de Reglamento *ePrivacy* de 10 de enero de 2017, llamado a sustituirla, no contempla ya expresamente esta previsión genérica de conservación⁴⁰.

En este contexto, el Tribunal de Luxemburgo ha dictado dos recientes Sentencias de 6 de octubre de 2020, sobre las normas de retención de datos de Reino Unido, Francia y Bélgica: Privacy International (C-623/17), y La Quadrature du Net (C-511/18 y C-512/18) y Ordre des barreaux francophones et germanophone (C-520/18). Precizando un poco más⁴¹ la exigencia de que la conservación o retención sea selectiva (según un criterio geográfico, temporal prorrogable o categorías de personas afectadas, y con verificación por órgano independiente), y la cesión o acceso por las autoridades previa autorización de un órgano judicial o administrativo independiente y para la persecución de delitos graves.

Pero, cuando la injerencia no es grave, esto es, se trate de datos de identificación, dado que por sí mismos no revelan información de la comunicación/privacidad (datos estáticos no generados o vinculados al proceso de comunicación o localización: nombres y apellidos, direcciones, números), se permite, por un lado, la retención general e indiscriminada (STJUE

15 de abril) que discrimina entre datos de tráfico (oposición) y estos últimos datos de localización (consentimiento expreso).

³⁹ A partir del umbral mínimo de tres años de prisión *ex art.* 579.1 LECrim.

⁴⁰ GONZÁLEZ PASCUAL, M.^a I., «El TJUE como garante de los Derechos en la UE a la luz de la sentencia Digital Rights Ireland», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, 2014, págs. 943-971; GARCÍA DE PABLOS, J. F., «La invalidez de la Directiva europea sobre conservación de datos», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 35, 2014, págs. 23-42; RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Sobre la incidencia de la declaración de invalidez de la Directiva 2006/24/CE en la Ley española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones», *Diario La Ley*, núm. 8308, mayo 2014; NINO, M., «L'annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell'Unione Europea da parte della Corte di Giustizia UE: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di data retention», *Diritto dell'Unione*, núm. 4, 2014, págs. 803 y ss.; FLOR, R., «Dalla data retention al diritto all'oblio: Dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quali effetti per il sistema di giustizia penale e quali prospettive de jure condendo», *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, núms. 4/5, 2014, págs. 775 y ss.

⁴¹ Junto con la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Tele2 Sverige AB, C-1203/15 y C-698/15). *Cf.* RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «La definitiva defenestración de la Ley española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones», *Diario La Ley*, núm. 8901, enero 2017; BALLESTEROS MOFFA, L. A., «La difícil situación de la Ley 25/2007 de conservación y cesión de datos de tráfico y localización en las comunicaciones electrónicas: la «tala» de su base comunitaria y los desfavorables vientos desde sus homólogas europeas», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 44, mayo/agosto 2017, págs. 49-87.

La Quadrature du Net⁴²), y, por otro, la cesión o acceso por las autoridades (procedan o no los datos de esa conservación) para la persecución de delitos no graves⁴³ (según la STJUE de 2 de octubre de 2018, Ministerio Fiscal, C-207/16: datos de titularidad y número asignado a una tarjeta SIM activada por un teléfono móvil sustraído) y sin autorización judicial previa por no excepcionar el secreto de las comunicaciones (arts. 588 ter j-m LECrim⁴⁴, incorporados por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de medidas de investigación tecnológica). Patrones que ya se aplicaban por la Ley de Conservación de Datos a los registros de identidad de clientes en los servicios de telefonía móvil de prepago.

Sin embargo, en el caso de las direcciones IP⁴⁵ asignadas a la fuente –no receptor– de una conexión a internet, si bien se trata de la identificación de equipos de origen de una comunicación⁴⁶, la retención general tiene que ser temporal⁴⁷ y el acceso por delitos graves (STJUE La Quadrature du Net, pese al art. 588 ter k LECrim.).

BIBLIOGRAFÍA

- Aguar de Luque, L.: “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993.
- Álvarez Caro, M.: “Privacidad y protección de datos en el rastreo de contactos para la lucha contra el COVID-19”, *Diario La Ley*, núm. 9647, 5 de junio de 2020.
- Álvarez García, V.: “La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, octubre 2020.

⁴² «En lo que respecta a los datos relativos a la identidad civil de los usuarios de las comunicaciones electrónicas, esos datos no permiten por sí solos conocer la fecha, la hora, la duración y los destinatarios de las comunicaciones efectuadas, ni los lugares en que se realizaron esas comunicaciones o la frecuencia de esas comunicaciones con determinadas personas durante un período determinado, por lo que no proporcionan, aparte de sus datos de contacto, como sus direcciones, ninguna información sobre las comunicaciones efectuadas y, por consiguiente, sobre su vida privada» (apartado 157).

⁴³ A partir del umbral mínimo de tres años de prisión *ex art.* 579.1 LECrim.

⁴⁴ «[...] y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación».

⁴⁵ Dirección IP: identificación de equipo terminal desde el que se realiza una comunicación por internet.

⁴⁶ «[...] Aunque las direcciones IP forman parte de los datos de tráfico, se generan independientemente de cualquier comunicación concreta y sirven principalmente para identificar, a través de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, a la persona física propietaria del equipo terminal desde el que se realiza una comunicación por Internet. Así pues, en relación con el correo electrónico y la telefonía por Internet, siempre que sólo se conserven las direcciones IP de la fuente de la comunicación y no las del receptor de la comunicación, esas direcciones no revelan, como tales, ninguna información sobre los terceros que estuvieron en contacto con la persona que hizo la comunicación. Por lo tanto, esa categoría de datos es menos sensible que otros datos de tráfico» (apartado 152).

⁴⁷ «Dado que las direcciones IP pueden utilizarse para trazar la ruta de navegación de un usuario y, en consecuencia, su actividad en línea, estos datos pueden utilizarse para establecer un perfil detallado del usuario» (apartado 153).

- Álvarez García, V.: “El comportamiento del Derecho de crisis durante la segunda ola de la pandemia”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 90/91, diciembre 2020/enero 2021.
- Archambault, L.: “La directive PNR et son articulation avec le RGPD: l’instauration d’un fichier de données des passagers aériens, outil efficace de la lutte contre le terrorisme et respectueux des données personnelles?”, *Gazette du palais*, núm. 1, 2019.
- Atienza Macías, E. y Rodríguez Ayuso, J.F. (Dir.): *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*, Dykinson, Madrid, 2020.
- Ballesteros Moffa, L.A.: “La difícil situación de la Ley 25/2007 de conservación y cesión de datos de tráfico y localización en las comunicaciones electrónicas: la «tala» de su base comunitaria y los desfavorables vientos desde sus homólogas europeas”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 44, mayo/agosto 2017.
- Ballesteros Moffa, L.A.: “El filtro jurídico a la cascada de soluciones tecnológicas contra la COVID-19”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 207, julio/septiembre 2020.
- Ballesteros Moffa, L.A.: *Las fronteras de la privacidad. El conflicto entre seguridad pública y datos personales en una sociedad amenazada y tecnológica*, Comares, Granada, 2020.
- Biurrun, F.: “Aplicaciones tecnológicas internacionales en la lucha contra el coronavirus”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 962, «Impacto jurídico del COVID-19», abril 2020.
- Blanquer, D. (Coord.): *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Brage Camazano, J.: *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- Brett, R.: “La directive “PNR” du 27 avril 2016, nouvelle étape de la politique européenne de lutte contre la criminalité”, *Europe: actualité du droit communautaire*, núm. 2017.
- Catalina Benavente, M^a A.: “La Directiva europea (UE) 2016/681, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de los datos PNR en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia grave”, *Diario La Ley*, núm. 8801, julio 2016.
- Cierco Seira, C.: “Derecho de la salud pública y COVID-19”, en D. Blanquer (Coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Cruz Villalón, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- De Bartolomé Cenzano, J.C.: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, CEPC, Madrid, 2002.
- De La Sierra, S.: “Old Norms and New Challenges in Spain’s Response to COVID-19”, *The Regulatory Review*, University of Pennsylvania, mayo 2020, en <https://www.theregreview.org/2020/05/20/de-la-sierra-old-norms-new-challenges-spain-response-covid-19/>
- Díez-Picazo Giménez, L.M^a: *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2013.
- Fernández de Gatta Sánchez, D.: “Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus. Las dudas constitucionales sobre el estado de alarma y los excesos normativos”, *Diario La Ley*, núm. 9634, mayo 2020.
- Fernández Torres, J.R.: “La justicia administrativa durante el estado de alarma”, en D. Blanquer, (Coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- Flor, R.: “Dalla data retention al diritto all’oblio: Dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quali effetti per il sistema di giustizia penale e quali prospettive de jure condendo”, *Diritto dell’Inofrmazione e dell’Informatica*, núms. 4/5, 2014.
- Fuertes López, M.: “Estado de excepción, no de alarma”, *El Mundo*, 20/04/2020; también en *Diario del Derecho*, Iustel, en https://www.iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_justel=1197263&
- García de Pablos, J.F.: “La invalidez de la Directiva europea sobre conservación de datos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 35, 2014.
- González Pascual, M^a I.: “El TJUE como garante de los Derechos en la UE a la luz de la sentencia Digital Rights Ireland”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, 2014.
- Guillot, P.: “Ombres et lumières sur le droit fondamental à la protection des données personnelles confronté aux services de renseignement en matière de prévention du terrorisme”, *Les Annales de droit*, núm. 10, 2016.
- Hernández Peña, J.C.: “Las aplicaciones de rastreo de contractos y su adecuación al derecho a la protección de datos en la lucha contra la Covid-19”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 33, octubre 2020.
- Martínez Martínez, R.: “Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública”, *Diario La Ley*, núm. 9604, marzo 2020.
- Martínez-Pujalte, A.-L.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 1997.
- Medina Guerrero, M.: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- Mozo Amo, J.: “La ratificación judicial de las medidas adoptadas por la Administración en supuestos de urgencia y necesidad para la salud pública: el párrafo segundo del art. 8.6 LJCA”, *Actualidad Administrativa*, núm. 5, 2020.
- Muñoz Machado, S.: “El poder y la peste de 2020”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 90/91, diciembre 2020/enero 2021.
- Narváez Rodríguez, A.: “La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre 2009.
- Nino, M.: “L’annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell’Unione Europea da parte della Corte di Giustizia UE: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di data retention”, *Diritto dell’Unione*, núm. 4, 2014.
- Parejo Alfonso, L.: “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, septiembre/diciembre 1981.
- Peces-Barba Martínez, G.: *Derechos fundamentales*, Latina Universitaria, Madrid, 1980.
- Peñasco, R.: *Covid19: ¿Un antes y un después en la Historia de la Humanidad? Análisis socio-jurídico de un cambio de paradigma y de los nuevos parámetros y grandes retos del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2020.
- Pistor, K. (Ed.): *Law in the Time of COVID-19*, Columbia Law School, New York, 2020, <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240>
- Rivero Ortega, R.: “Rastreadores y Radar COVID: obligaciones de colaborar y garantías”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, octubre 2020.

- Rodríguez Lainz, J.L.: “Sobre la incidencia de la declaración de invalidez de la Directiva 2006/24/CE en la Ley española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones”, *Diario La Ley*, núm. 8308, mayo 2014.
- Rodríguez Lainz, J.L.: “La definitiva defenestración de la Ley española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones”, *Diario La Ley*, núm. 8901, enero 2017.
- Salamero Teixidó, L.: “Principio de congruencia, prohibición de la *reformatio in peius* y deber judicial de resolver con arreglo a la motivación jurídica correcta”, *Revista de Administración Pública*, núm. 189, septiembre/diciembre 2012.
- Salamero Teixidó, L.: “La función no revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en A. Ezquerro Huerva y J. Oliván del Cacho (Dir.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- Salamero Teixidó, L.: “La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo y emergencia”, en A. Blanc Altemir y C. Cierco Seira (Coords.), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Thomson-Aranzadi, 2018.
- Salamero Teixidó, L.: “Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19”, *Diario La Ley*, núm. 9632, mayo 2020.
- Terrón Santos, D.; Domínguez Álvarez, J.L. y Fernando Pablo, M.M.: “Los derechos fundamentales de la privacidad: derecho y necesidad en tiempo de crisis”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, octubre 2020.
- Velasco Caballero, F.: “El Tribunal Superior de Justicia de Madrid no ratifica los confinamientos, por falta de autorización legal”, en <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/>
- Villani, S.: “Some further reflections on the Directive (EU) 2016/681 on PNR data in the light of the CJEU Opinion 1/15 of 26 July 2017”, *Revista de Derecho Político*, núm. 101, 2018.
- Villaverde Menéndez, I.: “Los límites de los derechos fundamentales”, en AAVV, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

Título II de la Corona

La inviolabilidad del Rey en la Constitución: consecuencias en el ámbito jurídico penal*

Isabel Durán Seco

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de León. idurs@unileon.es

Recibido
16 febrero 2021

Aceptado
23 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Inviolabilidad; Rey;
Constitución
Española; Emérito;
Responsabilidad
penal; Ejercicio del
cargo.

KEYWORDS

Inviolability; King;
Spanish Constitution;
Emeritus; Criminal
responsibility; Office.

Resumen

Teniendo en cuenta la redacción del art. 56.3 CE se analiza si la responsabilidad penal del Rey alcanza a cualquier acto que el mismo realice o solo a aquellos relativos al ejercicio de su cargo. Se alude también al significado de la inviolabilidad una vez que el Rey ha cesado en su cargo. Para finalizar se toma postura en torno a la necesidad de modificar la CE en el punto objeto de análisis.

The inviolability of the King in the Constitution: consequences in the criminal law sphere

Abstract

Taking into account the wording of art. 56.3 Spanish Constitution is analyzed if the King's criminal responsibility reaches any act that he performs or only those related to the exercise of his office. The meaning of inviolability is also alluded to once the King has left office. Finally, a position is taken regarding the need to modify the Constitution at the point under analysis.

I. Introducción – II. El significado de la inviolabilidad – III. La inviolabilidad en la Constitución Española (CE) – IV. Fundamento y naturaleza de la excepción – V. Posiciones doctrinales en torno al alcance de la inviolabilidad: 1. La persona del Rey es inviolable; 2. La persona del Rey es inviolable únicamente cuando realiza funciones en el ejercicio de su cargo – VI. Compatibilidad del art. 56 CE con el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) – VII. La inviolabilidad del Rey emérito – VIII. Conclusiones

* Este trabajo se enmarca en los Proyecto de investigación DER2016-76715-R y PID2019-108567RB-C21 (AEI), así como en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León; en todos los casos el investigador principal y director es el Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo y en el PID2019 es segunda IP la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando empezó a debatirse en España el conocido como caso Nóos, en el que estaba involucrado Iñaki Urdangarin, esposo de la Infanta Cristina de Borbón y yerno del en aquel momento Rey Juan Carlos I, y que terminó con aquel en prisión al considerarle autor de varios delitos, se comenzó a discutir en diferentes círculos sociales qué ocurriría si, hipotéticamente en la investigación, se demostrara que D. Juan Carlos había tenido relación con los hechos.

Recientemente la cuestión ha vuelto a estar de actualidad, ya que han saltado diversas noticias en los medios de comunicación que podrían suponer la comisión de hechos delictivos por parte del hoy ya Rey emérito D. Juan Carlos.

Por esa razón dedicaré las siguientes líneas a analizar la inviolabilidad penal del Rey. Me refiero al Rey porque nuestro sistema político es una Monarquía y el Jefe del Estado es el Rey. No obstante, los problemas sobre la inviolabilidad o no del Jefe del Estado serían los mismos con independencia de la forma de organización del Estado.

Hasta ahora, cuando los comentaristas de la Carta Magna analizaban el alcance de la inviolabilidad del Rey a la que se refiere el art. 56.3 Constitución Española (CE), que enseguida transcribiré, solían aludir a la hipótesis del Rey asesino o violador, delitos estos muy graves. No obstante, las hipótesis que nos podemos plantear no solo son esas. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto del Rey que estafa, el que blanquea bienes o el que caza una especie en peligro de extinción, el que conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el que comete abusos sexuales, el que falsifica documentos, el Rey genocida, el Rey que trafica con armas y un largo etcétera.

La pregunta que se hace la sociedad es: ¿puede el Rey verse inmerso en un procedimiento penal? La respuesta no es sencilla. No estamos ante una cuestión meramente teoría, puesto que, como estamos viendo, desde el punto de vista práctico también está siendo relevante. En esta breve exposición trataré de dar una contestación jurídica a este interrogante.

Ha de recordarse que el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE llevado al ámbito penal significa que todos los ciudadanos se encuentran por igual y en las mismas condiciones sometidos a la ley penal. Pero a este principio la propia CE le establece excepciones y se ocupa de situaciones en las que algunas personas reciben un trato diferenciado por parte de la ley penal. Ese trato diferenciado se debe al cargo que ocupan. Tales situaciones se corresponden con las inviolabilidades y las inmunidades. A ellas se pueden añadir los denominados fueros especiales, que reconocen el derecho a ser juzgado por un tribunal de superior categoría.

En lo que sigue me ocuparé únicamente de las inviolabilidades y, dentro de estas, únicamente de la del Rey.

II. EL SIGNIFICADO DE LA INVOLABILIDAD

Se denominan inviolabilidades a las impunidades personales basadas en el orden constitucional interno, es decir, la exención de responsabilidad para ciertas personas, ya sea con carácter general, o por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones.

Al hablar de inviolabilidades personales hay que distinguir entre la inmunidad material o inviolabilidad y la inmunidad formal. La inmunidad material se refiere a la inviolabilidad, implica la exención de responsabilidad criminal para quienes desempeñan un determinado cargo y pertenece al ámbito del Derecho penal material. La inmunidad formal se centra en el proceso y supone la imposibilidad de detención, inculpación o procesamiento, excepto cuando estén presentes ciertos requisitos; es decir, se trata de un obstáculo procesal para poder exigir responsabilidad a ciertas personas.

La doctrina entiende que la irresponsabilidad puede ser total o parcial, según se refiera al conjunto hipotético de conductas o tan solo a materias determinadas y generalmente relacionadas con el ejercicio de la función.

Centrándonos en la inviolabilidad hay que señalar que, en principio, como se ha indicado antes, podría parecer que nos encontramos ante una excepción al principio de igualdad penal, aunque también puede destacarse que no existe tal excepción ya que siempre que esa desigual situación se justifique no estaremos propiamente ante una excepción al principio de igualdad, sino ante un mero tratamiento desigual de situaciones desiguales, y que no se incumple el principio de igualdad porque las prerrogativas no se acuerdan en función de las personas en sí, sino en función del cargo que ocupan, al considerar ese cargo de especial importancia para la vida política del país y con la finalidad de garantizar el libre ejercicio por el titular de las funciones que el cargo lleva aparejado. La cuestión es preguntarse el por qué y si tiene alguna razón de ser en la sociedad actual.

Centrándonos en el Jefe del Estado, de acuerdo con lo previsto en la CE, es personalmente impune e irresponsable. Así, inviolabilidad equivale a ausencia de responsabilidad penal. De este modo nos encontramos con personas que no responden de determinados actos que pueden ser constitutivos de delito.

La cuestión es determinar hasta dónde llega esa ausencia de responsabilidad penal, si a la comisión de cualquier acto delictivo, o solo se refiere a los actos realizados en el ejercicio del cargo. Las dudas se plantean en el caso del Jefe del Estado, en nuestro caso, del Rey. En el resto de las inviolabilidades la ausencia de responsabilidad penal recae sobre actos relativos a las funciones propias del cargo.

III. LA INVOLABILIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (CE)

El art. 56.3 CE señala: “*La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64¹, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65,2²”.*

Para entender el alcance del art. 56.3 CE transcrito hemos de analizar el alcance de inviolabilidad y el significado de no estar sujeto a responsabilidad, el fundamento de ese privilegio y su naturaleza dogmática. Este análisis ha de contextualizarse en el momento actual. Dependiendo de las conclusiones a las que se llegue, habrá que determinar si es necesaria o no la modificación de este precepto de la CE y, de ser afirmativa la respuesta, en qué sentido.

IV. FUNDAMENTO Y LA NATURALEZA DE LA EXCEPCIÓN

Se ha dicho que el fundamento debemos ubicarlo en la libertad y seguridad necesarias para el desempeño de la jefatura, como máxima jerarquía política nacional, es decir, obviar posibles maniobras políticas que, al margen de los normales mecanismos constitucionales, intenten jugar con el prestigio del Rey o condicionar el ejercicio de sus funciones, en definitiva, razones político-constitucionales. Lo que importa, como no podría ser de otro modo, para dispensar ese trato especial no es la persona a la que afecta, sino que el fundamento hemos de buscarlo en la necesidad de otorgar protección específica a la función que desempeña o a la institución que enmarca. Así entendida se trata más bien de una prerrogativa que de un privilegio personal.

En cuanto a la naturaleza jurídica, la doctrina penalista ha venido preguntándose cuál es la misma. Así, se ha señalado que la irresponsabilidad del Jefe de Estado en el Derecho español en el aspecto punitivo puede ser comprendida a través de las siguientes soluciones doctrinales en torno a su naturaleza jurídica: causa de exención de la pena, causa de justificación, de inimputabilidad, de exculpación o una causa personal de exclusión de la punibilidad, siendo esta la opinión dominante.

V. POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO AL ALCANCE DE LA INVOLABILIDAD

Como ha quedado apuntado no existe acuerdo en la doctrina sobre cuál es el ámbito de aplicación de la inviolabilidad del Rey, es decir, qué actos del Rey están amparados por la inviolabilidad. La doctrina a la hora de pronunciarse tiene muy en cuenta la distinción entre actos realizados dentro del ejercicio de sus funciones y actos cometidos como particulares. Lo que se analiza es si la inviolabilidad se extiende a los actos realizados fuera del ejercicio de sus funciones o si está limitada al ejercicio funcional.

¹ Art. 64 CE: “1. Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes. La propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno, y la disolución prevista en el artículo 99, serán refrendados por el Presidente del Congreso./2. De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden”.

² Art. 65.2 CE: “El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa”.

Las posiciones doctrinales con las que nos encontramos y que vienen a dar contenido a la extensión de la inviolabilidad del Rey pueden englobarse en dos. Esas posiciones se derivan de la restrictividad o de la amplitud con la que se interprete el precepto constitucional. Paso a continuación a referirme a ellas, para posteriormente concluir si se debe o no modificar la CE.

1. La persona del Rey es inviolable

Para los defensores de esta posición la inviolabilidad del Rey a la que alude el art. 56.3 CE conlleva el que al Rey no se le pueda demandar responsabilidad de ningún tipo y, por tanto, no se le puede reclamar responsabilidad penal. Así, se ha señalado que la responsabilidad no es solo de orden político, sino que se extiende a los delitos de derecho común; que frente al Rey no se puede seguir un procedimiento penal y, en consecuencia no se le puede imponer ninguna pena; que el Rey no es criminalmente responsable de los actos que realice, ya sean estos pertenecientes al área de su función, ya sean ajenos a ella; que la inviolabilidad se refiere no solo a las opiniones que pudieran ser delictivas, sino también a cualquier delito como homicidio imprudente, lesiones imprudentes en un accidente de circulación, etc.; que el Rey no responde de los actos realizados, ya sean de carácter exclusivamente personal o de carácter político; en definitiva, que hay que distinguir en el art. 56.3 CE entre los dos incisos. El primero (la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad) se extiende a todo tipo de actos, aunque no sean propios del cargo. El segundo (sus actos estarán siempre refrendados en la forma prevista en el artículo 64) se refiere a los actos propios de las competencias del cargo, para los que se exige refrendo y se señala que la responsabilidad será de las personas que refrenden dichos actos (art. 64.1 y 2 CE); que si se declara inviolable a una persona se acepta un límite absoluto a la aplicabilidad de la ley penal, pues esa condición supone que esa persona no puede ser sometida a procedimiento penal alguno; que la inviolabilidad solo se refiere al ámbito penal; que la responsabilidad del Rey es total, no tiene ninguna excepción, el Rey es Rey las 24 horas del día y la CE ha vinculado la garantía de la inviolabilidad a su condición de Rey y no a sus funciones más específicas como Jefe del Estado; que el jefe del Estado no tiene poder y quien tiene el poder no es el Jefe del Estado, en democracia donde hay poder hay responsabilidad y donde hay responsabilidad hay poder; como los reyes no tienen poder, no tienen responsabilidad, y como no tienen responsabilidad no tienen poder.

En este mismo sentido lo ha destacado el preámbulo de la LO 4/2014, de 11 de julio, complementaria a la Ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder Judicial al señalar: “*Conforme a los términos del texto constitucional, todos los actos realizados por el Rey o la Reina durante el tiempo en que ostentare la jefatura del Estado, cualquiera que fuere su naturaleza, quedan amparados por la inviolabilidad y están exentos de responsabilidad*”. No obstante, se trata de una respuesta ofrecida en el preámbulo de una LO y no en un texto normativo y que, sin duda, es controvertida.

En mi opinión esta postura es perfectamente defendible atendiendo al tenor literal del texto constitucional. Ahora bien, cosa distinta es si es la solución más adecuada o no.

2. La persona del Rey es inviolable únicamente cuando realiza funciones en el ejercicio de su cargo

Los autores que defienden esta posición parten de la anterior en el sentido de entender que el Jefe del Estado, en nuestro caso el Rey, no tiene responsabilidad penal por los actos que realice. Sin embargo, esa irresponsabilidad penal no alcanza a cualquier hecho delictivo que el Rey cometa, sino que determinados hechos van a dar lugar a responsabilidad. De este modo se distingue entre actos propios del Jefe de Estado y actos que el Jefe de Estado comete como particular, siendo solo el primer grupo de actos a los que va referida la inviolabilidad, debiendo el Rey responder de los actos delictivos que cometa como particular. Se distingue así entre inviolabilidad formal e inviolabilidad material.

En este caso nos encontramos ante una responsabilidad parcial. La inviolabilidad de la persona del Rey solo se extiende a aquellos actos cuya naturaleza requiera el refrendo del Presidente del Gobierno o de los Ministros, en su caso. Se trata de un tipo de actos que serán refrendados y de los que el responsable es el que los refrende, esos actos son los actos propios del jefe de Estado. No es que nos encontremos en una Democracia con poderes públicos irresponsables, pero como el titular de la Corona sí lo es, hace falta que alguien responda políticamente por él y ese alguien será el Presidente del Gobierno o el Ministro que refrende su acto, ya que todos los actos del Rey, que se refieren al ejercicio del cargo, tienen refrendo.

Por otra parte, mantiene este sector, nos encontramos con los actos particulares ajenos a las competencias propias del Jefe del Estado, en los que la inviolabilidad tiene únicamente carácter procesal y en los que una vez inhabilitado por la indignidad el Rey podrá ser juzgado. En este sentido se ha señalado que, dado que la inviolabilidad del Rey se fundamenta en razones de funcionalidad política y como especialidad excepcional al principio de igualdad, debía de abordarse la tarea de limitar temporal y materialmente tal irresponsabilidad del Rey, contando con la posibilidad de que, en determinados supuestos, incurra en inhabilitación por indignidad reconocida por las Cortes Generales ejerciendo inmediatamente la regencia el Príncipe heredero o el consorte (art. 59.2 CE).

Y es en este punto donde podemos encontrar matizaciones, pues para la mayoría de los autores que defienden esta corriente la inhabilitación va referida a la comisión de cualquier hecho delictivo y para otros parece que solo a hechos de determinada gravedad.

De este modo, los actos realizados por el Rey que no guarden relación con su función de Jefe del Estado y que, lógicamente no están refrendados por las personas a las que se refiere el art. 56.3 CE no están sometidas a la inviolabilidad, de forma que el Jefe del Estado ha de responder por ellos. Se trata de supuestos de mera inmunidad procesal, es decir, solo inviolabilidad formal. No obstante, nos encontramos con algún autor que señala que aunque en este supuesto estamos ante una caso de inmunidad que impide la persecución de los hechos que haya cometido el Rey, solo si el Rey abdicase podría plantearse la eliminación de su inmunidad, pero al no haber sido desarrollada legislativamente dicha posibilidad (prevista en el art. 57.5 CE), su inmunidad tiene, en la práctica, los mismos efectos que la inviolabilidad, es decir, que no se puede procesar al Rey porque no está previsto cauce formal para eliminar el obstáculo que representa la inmunidad.

Todo ello significa que el Jefe del Estado no tendrá responsabilidad política a causa de la improcedencia que pueda ser deducida de sus actos, porque de ellos no responde por sí mismo, sino que responde aquel que haya refrendado los citados actos. Ahora bien, si nos encontramos ante materia penal, lógicamente no es admisible esa comunicación de la responsabilidad, puesto que la responsabilidad se conecta al sujeto, por su acto y por el reproche social que desencadena.

De esta forma se da solución al caso planteado tradicionalmente del Rey asesino o violador, de modo que la inviolabilidad del Rey no puede alcanzar a los actos que realice como particular, por lo que en el caso citado del Rey asesino o violador procedería inhabilitar por causa de indignidad (art. 59.2 CE) y tras ello exigirle responsabilidad. Es decir, desde este punto de vista, la inviolabilidad se ciñe exclusivamente a los delitos cometidos en el desempeño de su magistratura, lo que se ha llamado por algún autor delitos estrictamente funcionariales.

No obstante, esta solución ha sido objeto de críticas, ya que para algunos el problema consiste en saber si la irresponsabilidad del Rey es compatible o no con la Democracia, con la soberanía popular y con el principio de responsabilidad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3 CE; señalándose que encuentra difícil apoyo en el texto constitucional, que no solo habla de inviolabilidad del Rey, sino de que la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad y que cuando la Constitución ha querido limitar la inviolabilidad a los actos relacionados directamente con la función que el sujeto desempeña lo ha dicho expresamente, como hace en el caso de los parlamentarios del art. 71 CE.

VI. COMPATIBILIDAD DEL ART. 56 CE CON EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (ECPI)

Conviene en este apartado aludir al contenido del art. 27 ECPI que señala: “1. *El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.* /2. *Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella*”.

Como se observa con el ECPI desaparece cualquier tipo de privilegio o inmunidad, soberana o de cualquier orden. Ello ha llevado a que un sector de la doctrina abogue por la modificación de la CE para ajustarla al contenido del Estatuto. Para otros, sin embargo, no hace falta dicha modificación puesto que entienden que la interpretación estricta de la inviolabilidad, en el sentido de que el Jefe del Estado solo es inviolable por los actos que realice dentro del ejercicio de sus funciones, se ha visto confirmada, al estimarse, tal y como señaló el Consejo de Estado en un Informe al que enseguida nos vamos a referir, que dicha inviolabilidad es compatible con lo previsto en el art. 27 ECPI.

Así, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional se prevé la responsabilidad de los Jefes de Estado y de Gobierno por, entre otros, los crímenes de genocidio y de lesa humanidad, aunque la conducta de aquéllos se hubiera limitado a la omisión de “no adoptar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión (de los delitos materialmente ejecutados por sus subordinados)”³. Al decretarse en el art. 56.3 CE la inviolabilidad del Jefe del Estado, en nuestro caso el Rey, surgió la duda de si la ratificación por España del ECPI era o no compatible con el citado art. 56.3 CE, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 95.1 CE⁴, pudiendo haber sido un momento acertado para reducir el ámbito de este privilegio real. En el caso de que no fuera compatible había que modificar el art. 56.3 CE o bien había que rechazar la Ratificación del Estatuto por estar en contradicción con el precepto constitucional.

A esta consulta contestó el Consejo de Estado en su Dictamen de 22 de julio de 1999⁵ en el sentido de que el ECPI no está en contradicción con el art. 56.3 CE y que no existía obstáculo

-
- ³ Art. 28 ECPI: “Responsabilidad de los jefes y otros superiores. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:/a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas, cuando:/i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y/ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento./b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:/i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;/ii) Los crímenes que guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y/iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.
- ⁴ Art. 95.1 CE: “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”.
- ⁵ Dice textualmente el Consejo de Estado: “El artículo 56.3 de la Constitución recoge la inviolabilidad de la persona del Rey y declara que no está sujeta a responsabilidad. Resulta palmario que, pese a la identidad del significante (“inviolabilidad”) empleado en este artículo y en el 71, su significado no es unívoco en uno y otro. Si la inviolabilidad parlamentaria se funda en la protección de la libertad de expresión de los parlamentarios (a los que, aun siendo responsables de sus actos, no puede exigírseles responsabilidad por ellos en vía judicial penal, según quiere la Constitución), la del Jefe del Estado se fundamenta en su posición, ajena a toda controversia, dado el carácter debido de sus actos en el modelo constitucional de 1978. Es más, no se puede hablar en este último caso de ausencia absoluta de responsabilidad exigible por unos actos -que sería la consecuencia última de la inviolabilidad parlamentaria- sino de imputación de la que pueda derivarse de ellos al órgano refrendante (artículos 56.3 y 64.2 de la Constitución). En suma, la irresponsabilidad personal del Monarca no se concibe sin su corolario esencial, esto es, la responsabilidad de quien refrenda y que, por ello, es el que incurriría en la eventual ‘responsabilidad penal individual’ a que se refiere el artículo 25 del Estatuto”.

alguno para su Ratificación puesto que la “irresponsabilidad personal del Monarca no se concibe sin su colorario esencial, esto es, la responsabilidad de quien refrenda y que, por ello, es el que incurriría en la eventual ‘responsabilidad penal individual’”. Es decir, que el refrendo del Gobierno era necesario para todos los actos del Rey y que los miembros refrendadores se harían, por tanto, responsables de esos graves crímenes, y no el Rey. De modo que, finalmente, se ratificó por Instrumento de 19 de octubre de 2000 el ECPI sin modificar el art. 56.3 CE.

Considero que la ratificación no fue oportuna. No comparto lo expresado por el Consejo de Estado en su Dictamen. Su interpretación, como ya ha dicho algún autor, no deja de causar perplejidad. En mi opinión, el art. 27.1 ECPI, en el que se establece la responsabilidad de los Jefes de Estado, no puede ser compatible con el art. 56.3 CE si este se interpreta en el sentido que considero que ha de hacerse, teniendo en cuenta el tenor literal del citado precepto, de que el Jefe de Estado es irresponsable. La única interpretación que resultaría compatible con lo previsto en el art. 27 ECPI es la que entiende que la inviolabilidad del Rey afecta en exclusiva a los actos realizados en el desempeño de sus funciones. Pero, como vengo diciendo, esta no es la única interpretación posible. Por ello pienso que dichos preceptos son absolutamente contradictorios.

No falta algún autor que, en un intento de armonizar los arts. 56 CE y el art. 27 del ECPI, considera que el art. 56 CE solo rige para los delitos cuyo conocimiento corresponda a la justicia española, pero no respecto a los delitos de la incumbencia de la Corte Penal Internacional, para los que regirá el art. 27 del Estatuto y para los que procederá hablar de inviolabilidad. No alcanzo a entender cómo puede refrendarse un homicidio o una violación cometidos por el Monarca. Este argumento podría hacerse extensivo a cualquier delito que cometa el Jefe del Estado sin que tenga que tener relación con delitos que afecten a la Comunidad Internacional, así cabría preguntarse si puede el órgano refrendante refrendar una conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, un cohecho, un tráfico de influencias, un blanqueo de capitales, etc.

En mi opinión, como ya he venido diciendo, en el art. 56.3 CE nos encontramos con dos cuestiones diferentes, por una parte, la irresponsabilidad del Jefe de Estado en actos de su vida privada y, por otra, la necesidad de refrendo en actos políticos.

A pesar de que entiendo que el art. 56.3 CE debe ser interpretado en el sentido que acabo de indicar, sin embargo, no comparto que ello sea lo correcto, puesto que considero inaceptable la irresponsabilidad penal del Monarca. De modo que, aunque así se prevea en la CE, en contra de lo preceptuado en el ECPI, considero que debería procederse a la modificación del art. 56.3 CE en el sentido de suprimir la referencia a la irresponsabilidad del Rey. Por tanto, y como no puede ser de otro modo, el Monarca tendría responsabilidad penal por cualquier delito que cometiera.

VII. LA INVOLABILIDAD DEL REY EMÉRITO

A este debate clásico sobre el alcance material de la inviolabilidad, en virtud del cual el art. 56.3 CE exonera de responsabilidad al Rey y exige el referendo de sus actos conforme al art.

56.3 CE, debería añadirse el alcance temporal de dicha prerrogativa regia, es decir, si dura solamente el tiempo en el que ostenta el cargo o si se mantiene una vez que ha cesado en el mismo.

Al respecto nada dijo la Ley Orgánica 3/2014, de 18 de junio, por la que se hace efectiva la abdicación de Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón. Por su parte el RD 470/2014, de 13 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 1368/1987, de 6 de noviembre, sobre régimen de títulos, tratamientos y honores de la Familia Real y de los Regentes, dispone que D. Juan Carlos de Borbón continuará vitaliciamente en el uso con carácter honorífico del título de Rey, con tratamiento de Majestad y honores análogos a los establecidos para el heredero de la Corona, Príncipe o Princesa de Asturias en el Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares.

Es importante determinar para saber si puede o no juzgarse al Rey emérito el momento en el que los presuntos delitos hubieran sido cometidos, dado que no será lo mismo si los hechos se cometieron durante el tiempo en que ostentaba la condición de Rey o si fueron realizados cuando su situación era la de Rey Emérito. Así se abren varias posibilidades.

La primera se refiere a los hechos que ocurren con posterioridad a su mandato, es decir, durante el tiempo en que ostenta la condición honorífica. Entiendo que en esta primera hipótesis no existe complicación para afirmar que sí hay responsabilidad penal por los delitos que se puedan cometer puesto que, como hemos visto, el art. 56.3 CE a lo que alude es a la inviolabilidad de la persona del Rey, cualidad que deja de ostentar cuando pasa a la situación de emérito. Y en este mismo sentido se desprende de la LO 4/2014, de 11 de julio, cuyo preámbulo destaca refiriéndose al Rey emérito que los actos que realizare después de haber abdicado quedarán sometidos, en su caso, al control jurisdiccional, e incluye un nuevo artículo 55 bis de la LOPJ, en el que se prevé que las Salas de lo Civil y de lo Penal del TS conocerán, aparte de otras competencias que tienen atribuidas, de la tramitación y enjuiciamiento de las acciones civiles y penales contra el Rey o Reina que hubiera abdicado y su consorte. De modo que prerrogativas tan excepcionales como las del 56.3 CE solo pueden reconocerse al titular de la Corona.

En segundo lugar, y por lo que a los hechos acaecidos durante su mandato se refiere, se abren en este punto dos líneas interpretativas.

Por un lado, puede pensarse, como considero correcto, que la situación de inviolabilidad, teniendo en cuenta la actual redacción del art. 56.3 CE, dura más allá del tiempo en el que sustente la ocupación de Jefe del Estado y no podrá ser juzgado por los hechos que cometió durante el tiempo que duró su mandato. De este modo hay un efecto permanente de la protección legal de la inviolabilidad. El Rey emérito será penalmente irresponsable por lo que hizo durante el tiempo que fue Rey en el ejercicio o no de sus funciones. De no ser así su función se vería afectada si sabe que cuando cese puede ser juzgado por los hechos inherentes a la misma.

Por otro lado, y continuando con los hechos que realizó durante su mandato, podría también pensarse, como han destacado algunos autores, que la situación de inviolabilidad termina cuando concluye la ocupación de Jefe del Estado y podrá ser juzgado por los presuntos delitos que cometió durante su reinado. Así, ante la duda de si conserva ese privilegio respecto de

todos sus actos o únicamente respecto de los refrendados, se responde que se puede proceder contra el anterior Jefe del Estado por hechos que nada tuvieron que ver con el desempeño de su función y que, por tanto, no estaban comprendidos en el ámbito de su inviolabilidad.

Como se observa el debate está servido.

Ha de destacarse en este momento la opinión del TC para advertir si ofrece luz sobre el asunto. Al respecto recientemente ha afirmado en STC núm. 98/2019, de 17 de julio, dictada con ocasión de la demanda formulada por el Gobierno en relación con diversos apartados de la Resolución 92/XII del Parlamento de Cataluña, de 11 de octubre de 2018: “Esta especial protección jurídica, relacionada con la persona y no con las funciones que el titular de la Corona ostenta, sitúa al rey al margen de la controversia política, erigiéndose en un privilegio de naturaleza sustantiva, que se halla unido a la posición que el Monarca desempeña en nuestro modelo constitucional, en el que ejerce la más alta magistratura del Estado”⁶.

Y siguiendo esta sentencia, ha de citarse también la STC 111/2019, de 2 de octubre que dilucida la contravención de la inviolabilidad y no sujeción a responsabilidad penal del Rey de España (art. 58.3) por la decisión del Parlamento de Cataluña 298/XII, de 7 de marzo de 2019, de crear una “Comisión de Investigación sobre la Monarquía” y que afectarían tanto al actual Rey como al anterior y estima el recurso presentado por el Gobierno. Se trata en ambos casos, señala la sentencia refiriéndose tanto al actual Rey como al inmediatamente anterior, de la realización de actuaciones durante o con ocasión del ejercicio de sus funciones como Jefes del Estado, al haber ostentado en aquellos momentos la titularidad de la Corona. Afirma el TC: “Este objetivo es inconciliable con las prerrogativas otorgadas por el art. 56.3 CE a la persona del Rey de España, respecto de cualesquiera actuaciones que directa o indirectamente se le quisieran reprochar, ya se dijera realizadas, unas u otras, en el ejercicio de las funciones regias, o con ocasión de ese desempeño, ya incluso, por lo que se refiere, cuando menos, al titular de la Corona, al margen de tal ejercicio o desempeño”⁷.

Como se observa, el TC se pronuncia con claridad, sobre la cuestión del Rey actual, al considerar que las prerrogativas del art. 56.3 CE están otorgadas al mismo. También deja claro que la inviolabilidad protege al titular actual de la Corona tanto respecto de sus actuaciones públicas como privadas y también al anterior en lo relativo al ejercicio de las funciones que desempeñó en el ejercicio de su cargo. Sin embargo, no queda clara cuál es su posición respecto de la responsabilidad del Rey emérito con referencia a las actividades privadas durante su reinado, dejando la puerta abierta a interpretaciones dispares.

VIII. CONCLUSIONES

La inviolabilidad del Rey debería ser conformada en su estricta dimensión, sin incluir los crímenes contra la humanidad, pero tampoco los delitos comunes. No puede mantenerse una

⁶ STC núm. 98/2019, de 17 de julio.

⁷ STC 111/2019, de 2 de octubre, añadiendo que se trata de prerrogativas de alcance general respecto de la no sujeción de responsabilidad que vienen conferidas por la Constitución en atención a la posición institucional del Jefe del Estado y que no admiten ser relativizadas.

inviolabilidad absoluta. El Jefe de Estado debe responder de sus actos privados al igual que cualquier ciudadano. No puede desconocerse la naturaleza del Derecho penal.

En mi opinión, no podemos hablar de una irresponsabilidad total y sin limitaciones del Jefe del Estado, ya que los razonamientos jurídicos y los principios básicos del Derecho no ofrecen un cauce apropiado respecto de la incapacidad plena de nadie para lo ilícito, como, obviamente, no podía ser de otro modo. Nadie debe poder sustraerse a la acción de la justicia.

Ahora bien, la confusa redacción del art. 56.3 CE plantea serias dudas en torno al alcance del significado de la inviolabilidad. Por esa razón debería modificarse la CE en el sentido de que quedase clara la responsabilidad penal del Jefe del Estado ante la comisión de un hecho delictivo. De este modo, además, la compatibilidad entre lo preceptuado en la CE y lo dicho en el ECPI dejaría de ser objeto de vacilaciones.

Por lo que al Rey emérito se refiere los problemas se plantean respecto de los actos privados que realizó durante su mandato. Entiendo que la modificación de la constitución en el sentido de que quede clara la responsabilidad por actos que nada tienen que ver con su función dejaría clara la respuesta.

Mientras se mantenga la regulación actual que, como ha quedado expuesto, admite la interpretación de que la inviolabilidad alcanza a cualquier acto tanto público como privado que el Rey realice y que dicha prerrogativa se mantiene una vez que ha abdicado, no podrá exigirse responsabilidad penal al monarca actual ni al anterior, lo que, en mi opinión es absolutamente rechazable.

Título III de las Cortes Generales

Inviolabilidad, inmunidad y aforamiento ¿qué dice la Constitución?

Nerea Yugueros Prieto

Profesora Ayudante del Área de Derecho Procesal. Universidad de León. nyugp@unileon.es

Recibido
26 enero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Prerrogativas;
Inviolabilidad;
Inmunidad;
Aforamiento;
Constitucional;
Problemas.

KEYWORDS

Prerogatives;
Inviolability;
Immunity; Privilege;
Constitutional;
Problems.

Resumen

En el presente trabajo, la autora analiza las diferentes prerrogativas con base constitucional en el ordenamiento español: la inviolabilidad, la inmunidad y el aforamiento. Un estudio realizado desde una perspectiva actual que promueve diversas reflexiones críticas, partiendo de la realidad normativa y centrándose en alguno de los problemas que suscita.

Inviolability, immunity and privileges: what does the Constitution say?

Abstract

In the present work, the author analyses the different prerogatives with a constitutional basis in the Spanish legal system: inviolability, immunity and privilege. A study carried out from a current perspective which promotes various critical reflections, starting from the normative reality and focusing on some of the problems it raises.

I. Introducción – II. Las prerrogativas en el sistema jurídico español: 1. Origen de las prerrogativas y concepción inicial; 2. Evolución y concepto actual – III. La inviolabilidad: 1. Precisiones conceptuales; 2. Consideraciones críticas – IV. La inmunidad: 1. Precisiones conceptuales; 2. Consideraciones críticas – V. El aforamiento: 1. Precisiones conceptuales; 2. Consideraciones críticas – Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo muestra una mínima visión del alcance de las distintas prerrogativas recogidas en nuestra Constitución (en adelante CE). Mínima debido a que el alcance de las mismas es tan extenso que podría ocuparse el artículo entero adentrándose únicamente en una de ellas. Por otro lado, se analiza si es preciso o no, dadas las actuales discrepancias en el entorno político, el mantenimiento de las mismas en la actualidad, o sin ser tan extremista,

si es preciso que las mismas cuenten con algún tipo de modificación, a fin de adaptarlas a los tiempos que corren.

Actualmente, la aplicación de la inviolabilidad, inmunidad y aforamiento está suscitando cierto desasosiego no sólo en la ciudadanía, sino también en el entorno político, debido a los distintos escándalos que rodean a numerosas personalidades públicas por irregularidades cometidas, tanto en el ejercicio de sus funciones como en su ámbito privado.

El tema se reviste de gran complejidad debido a que, a lo largo de los años, la doctrina viene discutiendo si dichas prerrogativas son contrarias o no, a los principios de justicia e igualdad, asimismo protegidos y defendidos en la Carta Magna. En este sentido, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) defiende¹ esa distinción o beneficio, debido a que nos encontramos ante garantías jurídicas ligadas a la complacencia del interés institucional, asegurando la independencia de la institución afectada en cada supuesto. Por su parte, sin embargo, sectores amplios de la doctrina científica² considera, sobre todo al aforamiento, como un privilegio insostenible.

II. LAS PRERROGATIVAS EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL

Nuestra CE reconoce una serie de prerrogativas destinadas a garantizar el adecuado funcionamiento y ejercicio de ciertos sujetos que realizan funciones públicas; por tanto, hablamos de inviolabilidad, inmunidad y aforamiento. Actualmente, y gracias a la evolución que ha ido soportando nuestro Estado español, nos encontramos ante una realidad confusa que denota la antigua polémica de si debemos mantener o no las mismas. Cuestión que se aviva con el paso de los años y sobre todo por el amplio abanico de sujetos beneficiarios que se han ido incorporando a través de distintas normas reguladoras.

El Estado español se define como Estado constitucional³, y a ello es debido que determinadas autoridades y cargos públicos sean obsequiados con un estatuto jurídico singular que ofrece un conjunto de privilegios, como son la inviolabilidad, la inmunidad y el aforamiento. Las razones por las cuales estos colectivos gozan dicha distinción, estriban en la defensa del interés general ligadas al menester de garantizar la libertad y autonomía de intervención de los sujetos objeto de beneficio, así como de las instituciones que éstos representan.

Las prerrogativas constitucionales otorgadas a autoridades y altos cargos tienen como finalidad la protección de la libertad, autonomía e independencia de los órganos

¹ STC 90/1985, de 22 de julio (*BOE núm.* 194, de 14 de agosto de 1985) ECLI:ES:TC:1985:90; STC 90/1995, de 9 de junio (*BOE núm.* 162, de 8 de julio de 1995) ECLI:ES:TC:1995:90; STC 123/2001, de 4 de junio (*BOE núm.* 158, de 3 de julio de 2001) ECLI:ES:TC:2001:123 y STC 124/2001, de 4 de junio (*BOE núm.* 158, de 3 de julio de 2001) ECLI:ES:TC:2001:124.

² GÓMEZ COLOMER, J.: “Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento”. *Teoría y realidad constitucional*, nº 38, 2016, págs. 239-275.

³ AAVV. NÚÑEZ RIVERO, J.M.C.: “El Estado. Concepto. Elementos. La evolución del Estado” en GOIG MARTÍNEZ, J.M.: *Configuración del Estado constitucional en España*, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 23-45.

constitucionales. Aun estando las tres figuras destinadas a la consecución de un mismo propósito, conceptualmente encontramos distinciones y peculiaridades; de ahí la vital importancia de saber definir las correctamente.

Por un lado, la inviolabilidad supone la exención de responsabilidad de determinadas personas de todos aquellos actos cometidos durante el ejercicio de sus funciones. Por otro, la inmunidad supone que no puede ser detenido (salvo delito “in fraganti”), ni procesado, salvo que cuente con autorización expresa de la Cámara, mediante suplicatorio. Por último, el aforamiento implica una alteración de la competencia objetiva; donde será un tribunal fijado legalmente, de manera exclusiva, el que conozca del asunto y enjuicie a los sujetos que disfruten de esta prerrogativa durante su mandato.

Debemos destacar que estas figuras no son de pronta aparición, sino que contamos con precedentes medievales, en cuya valoración entraremos a continuación.

1. Origen de las prerrogativas y concepción inicial

Históricamente el concepto del que se parte, en cuanto al origen de las prerrogativas se refiere, es el de la inmunidad que se aplicaba a los parlamentarios de las asambleas inglesas en la Edad Media⁴. El privilegio tenía como finalidad garantizar la libertad de movilidad de los miembros que componían el Parlamento, implicando que no podían ser detenidos ni perturbados en el trayecto de viaje, ya fuera este de ida o vuelta. Este beneficio era conocido con el apelativo de *coming, remaining and returning*, palabras a las cuales se añadieron con posterioridad *freedom of speech*⁵ (la hoy tan reconocida libertad de expresión), y *freedom from arrest or molestation*⁶ (haciendo referencia a la libertad a la detención, así como libertad de reunión)⁷.

Lo que se pretendía conseguir con el establecimiento de estas garantías no era solo la de garantizar la libertad de expresión de los miembros del Parlamento, sino también asegurar que los miembros que pudieran ser considerados molestos, no pudieran ser detenidos bajo las

⁴ Las prerrogativas se empezaron a configurar tras la condena a muerte del diputado HAXEY, T. por ser contrario a la Corte Real en el año 1937. Concretamente su pecado fue la crítica realizada a los gatos abusivos cometidos por el entonces Rey Ricardo II de Inglaterra. Este hecho supuso la necesaria alteración política, pero no fue hasta dos Siglos después donde realmente se reivindicaría de la mano de MORE, T. (pensador, político, teólogo, humanista y escritor inglés), la necesidad de proteger a los parlamentarios para que pudieran expresar sus opiniones con total libertad, para así poder garantizar el verdadero funcionamiento del Parlamento. VAN DER HULST, M.: *El mandato parlamentario. Estudio comparativo mundial*, Unión Interparlamentaria, Ginebra, 2000, pág. 71.

⁵ Ello supone la prohibición de ser detenidos ni perseguidos, ya sea criminal o civilmente, por las opiniones manifestadas en el cumplimiento de sus obligaciones públicas, así como por los votos emitidos en cualquier asunto que se enmarcara dentro de su competencia.

⁶ En este sentido no era posible que se procediera a la detención del parlamentario por incumplimiento de sus obligaciones civiles, como todo ciudadano de a pie, para así asegurar la adecuada continuidad de las deliberaciones y sesiones parlamentarias, cosa que se vería seriamente alterada si se llevase a cabo la efectiva privación de libertad.

⁷ MARTÍNEZ ELIPE, L.: “Reflexiones sobre la inviolabilidad, inmunidad y aforamiento”, *Revista de las Cortes Generales*, 2002, pág. 39.

órdenes del Monarca, para así evitar votaciones parlamentarias no deseadas. Pero esta protección se extendía a su vez, a otras cuestiones como sería la prohibición de encarcelamiento por causas civiles derivadas por deudas. Por tanto, la inmunidad parlamentaria suponía un privilegio de protección subjetiva e individualizada de cada uno de los miembros que componían el Parlamento, siendo garante del cumplimiento de sus obligaciones.

Actualmente el único régimen con el que cuentan los miembros de la política inglesa es el de inviolabilidad, recogido en el *Bill of Rights* del año 1689, concretamente en su artículo 9, donde indica “que las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro Tribunal que el Parlamento⁸”.

Sin dejar de lado la concepción anglosajona, en lo que a su fundamento se refiere, su actualización a una era más moderna se llevó a cabo de la mano de la Revolución Francesa. La Asamblea Nacional a fin de proteger a sus miembros de la absoluta potestad de la que gozaban los Monarcas, procedió a la elaboración de dos Decretos para así otorgar a sus miembros las prerrogativas de inviolabilidad (Decreto 20 de junio de 1789) e inmunidad (Decreto 26 de junio de 1790).

Estas prerrogativas contaron, a su vez, con asiento constitucional, ya que fueron reconocidas en el artículo 7 de la Constitución de 1791⁹, “los representantes de la Nación son inviolables: no podrán ser perseguidos, acusados, ni juzgados en ningún tiempo por lo que hubieren dicho, escrito o hecho en el ejercicio de sus funciones de representantes. Podrán por hechos criminales, ser detenidos en caso de flagrante delito o en virtud de un auto de detención; pero se dará aviso, sin dilación, al Cuerpo legislativo; y la persecución no podrá continuarse más que después de que el Cuerpo legislativo haya decidido si ha lugar a la acusación”.

A partir de la Revolución Francesa, la inmunidad se centraliza en garantizar la soberanía parlamentaria, siendo para ello preciso un grado elevado de protección frente a otros poderes, como es el Poder Judicial. De ese modo, los parlamentarios obtuvieron la calidad de inmune frente a potenciales ataques perpetrados por el gobierno y/o jueces.

La evolución sufrida por las prerrogativas, es decir, desde el nacimiento de su fundamento en Inglaterra, a la configuración de sus elementos esenciales gracias a la Revolución Francesa, y su posterior integración en la Europa continental; se consolidaron en España en el año 1810¹⁰.

⁸ Se puede consultar en la siguiente página web: <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/gb4.htm#:~:text=Que%20las%20libertades%20de%20expresion,otro%20Tribunal%20que%20el%20Parlamento.&text=Que%20no%20se%20deben%20exigir,aplicarse%20castigos%20cruels%20ni%20desacostumbrados>. (Vista el 15 de diciembre de 2020).

⁹ Se puede consultar la misma en la siguiente página web: <http://www.ieslasmusas.org/geohistoria/constitucionfrancesa1791.pdf> (Vista el 15 de diciembre de 2020).

¹⁰ Para profundizar sobre la materia puede consultarse ÁLAMO MARTELL, M^a. D.: “Los orígenes de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias (1810-1837)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LXXXIV, 2014, págs. 201-260.

2. Evolución y concepto actual

Tras la aprobación de las distintas Constituciones europeas a partir del siglo XIX, se denota la alteración y modificación conceptual de las prerrogativas parlamentarias donde éstas se preocupan no sólo de la protección al Parlamento, sino también a los sujetos que integran el mismo. Esta modificación tendría como base una doble protección.

Por un lado, la protección conferida para garantizar la autonomía del Parlamento como institución, es decir, la inmunidad tendría como misión la protección del Parlamento salvaguardándolo de los demás poderes del Estado, para que así se pueda avalar el cumplimiento de sus funciones sin injerencia externa alguna. Es por ello que estaríamos hablando de inviolabilidad en sentido estricto, tal y como se define en nuestro Derecho Constitucional español.

Por otro lado, nos encontramos con la protección destinada a salvaguardar la labor constitucional del parlamentario, donde la inmunidad ampara bajo su ala al sujeto elegido, para que pueda desempeñar sus obligaciones de una manera independiente, sin que quepa la posibilidad de persecución por parte del poder ejecutivo ni judicial, por aquellas opiniones vertidas o votos emitidos, dentro del ejercicio de sus funciones. En este sentido, nos encontraríamos ante un privilegio constitucional que recae sobre el sujeto electo, por tanto, debemos entenderlo como inmunidad en sentido estricto.

La doble protección arriba referenciada se encuentra recogida en nuestra vigente CE, así como en numerosas disposiciones contenidas en la regulación orgánica procesal.

Resulta necesario matizar cada una de las figuras, apoyándonos no sólo en el marco histórico, arriba mencionado, con apoyo no sólo en el marco histórico expuesto, sino también con base en el sustrato doctrinal y jurisprudencial.

III. LA INVOLAVILIDAD

1. Precisiones conceptuales

Se trata de una singularidad que se reconoce por Ley a determinadas personas, debido a la gran función pública que la Carta Magna les confiere. Actúa como abrigo en el ámbito político o funcional del ejercicio, así como contra acusaciones penales, garantizando, a su vez, la libertad de expresión, ya sean estas manifestadas por escrito o verbalmente, del sujeto beneficiario de esta prerrogativa, mientras se encuentre en el cargo.

En este sentido, debemos destacar y diferenciar de las demás la figura del Rey como Jefe de Estado, cuya inviolabilidad viene expresamente reconocida en la CE en su artículo 56.3. Inviolabilidad que el Rey pierde, al igual que ocurre con la inmunidad, cuando éste lleve a cabo la abdicación, manteniendo únicamente el privilegio de aforado.

Dentro de este apartado, debemos diferenciar si nos encontramos ante sujetos que cuentan con inviolabilidad reconocida expresamente en nuestra Constitución o no. Este beneficio, en

principio, se encontraba dirigido a los parlamentarios, pero en la actualidad, ese abanico se ha extendido incorporando numerosas autoridades y funcionarios públicos, no sólo de ámbito nacional, sino también extranjeros.

Analizando la CE se advierte que gozan de inviolabilidad, por un lado, las Cortes Generales, en su artículo 66.3, inviolabilidad que se encuentra reconocida a la propia institución; y, por otro lado, a los diputados y senadores que componen la misma, por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones, regulado en su artículo 71.1.

Adentrándonos en el artículo 66 de la CE encontramos un beneficiario singular, debido a que es el único Poder del Estado que cuenta con inviolabilidad, así como también es curioso advertir que no existe cosa semejante en Derecho comparado. En nuestro sistema jurídico el TC reconoce y asienta esa inviolabilidad en manos de las Cortes Generales, mediante la STC 206/1992, de 27 de noviembre, advirtiendo de la soberanía con la que goza la institución en el ejercicio de sus funciones, donde no se permite que ni otra institución, ni Gobierno, ni el Poder Judicial, ni personas jurídicas o privadas o públicas, puedan alterar el libre ejercicio de sus funciones¹¹. Ello no ha de confundirse con que los actos políticos y jurídicos que lleven a cabo las Cortes Generales, no cuenten con un posible control judicial¹².

A su vez, el artículo 71.1 de la CE dota de la figura de inviolabilidad a los Diputados y Senadores, miembros que componen la alta institución de las Cortes Generales, pero de una manera muy limitada. La inviolabilidad parlamentaria aparta de manera persistente su responsabilidad criminal, literalmente, por “las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”. Es decir, su mecanismo se activa para garantizar la libertad de expresión del parlamentario en todo el periodo en el que ejerce sus funciones, ya sean estas manifestadas verbalmente o por escrito.

Una vez analizadas las prerrogativas de las Cortes Generales, así como de los diputados y senadores, cabe observar que no nos encontramos ante una misma inviolabilidad, ello es debido a que la inviolabilidad de las Cortes Generales tiene como finalidad garantizar el libre ejercicio de las funciones que le encomienda la CE, así como la protección frente a ataques que pretendan la disolución de las mismas.

Tal y como mencionamos *ut supra*, también contamos con altos cargos, autoridades y funcionarios públicos, ya sean estos nacionales o extranjeros, que cuentan con el beneficio de la inviolabilidad, ésta reconocida en la extensa legislación orgánica reguladora de cada colectivo. A continuación, se expondrán de manera ordenada cada uno de ellos:

Atendiendo a la figura de parlamentarios, por un lado, encontramos a los parlamentarios europeos españoles; y por otro lado a los parlamentarios autonómicos. Los parlamentarios

¹¹ STC 206/1992, de 27 de noviembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1992) ECLI:ES:TC:1992:206. También la STC 90/1985, de 22 de julio, declara que “la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular”. (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 1985) ECLI:ES:TC:1985:90.

¹² Véase AGÜERAS ANGULO, C.: “Control jurisdiccional de los actos parlamentarios”, *Revista del Instituto Belisario Domínguez. Pluralidad y Consenso*, nº 17, 2011, págs. 41-50.

Europeos que cuenten con nacionalidad española, tras acudir a los artículos referenciados, al igual que sus compañeros europeos, les serán de aplicación, mientras el Parlamento Europeo esté en período de sesiones, los mismos efectos de la inviolabilidad que cuentan los parlamentarios españoles¹³.

En cuanto a los parlamentarios autonómicos hemos de decir que la doctrina considera, en su totalidad, que los parlamentarios que componen las Cortes de las distintas Comunidades Autónomas, cuentan con la misma inviolabilidad que los diputados y senadores del Estado, debido a que las funciones que cumplen unos y otros son las mismas.

Focalizándonos en otras figuras encontramos a los Magistrados del Tribunal Constitucional, donde el artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ampara la prerrogativa de la inviolabilidad “por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones”, ya sean estas manifestadas por escrito o verbalmente¹⁴. Debe mencionarse que, aun gozando de esa prerrogativa, ello no implica que abarque el delito de prevaricación judicial, regulado en los artículos 446 a 449 la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Es más, el artículo 23.1 7º de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, indica que los Magistrados del Tribunal Constitucional, deben cesar cuando sean condenados por delito doloso o culpa grave, por tanto, no cuentan con inviolabilidad, pero si seguirán manteniendo la condición de aforados.

Asimismo, también gozan de esta prerrogativa el Defensor del Pueblo y sus adjuntos, así como los Defensores del Pueblo autonómicos. Según los artículos 6.2 y 6.4 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, donde se expresa que “no podrán ser detenidos, expedientados, multados, perseguidos o juzgados en razón a las opiniones que formulen o a los actos que realicen en el ejercicio de las competencias propias de su cargo”.

¹³ 12006E/PRO/36 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea – E. Protocolo anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica – Protocolo nº 36 sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas.

Artículo 9: *Los miembros del Parlamento Europeo no podrán ser buscados, detenidos ni procesados por las opiniones o los votos por ellos emitidos en el ejercicio de sus funciones.*

¹⁴ Esta cuestión fue objeto de debate ya en el año 2005, tras la presentación del Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modificaba la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, se ampliaba de manera considerable la inviolabilidad de estos sujetos. Adentrándonos en el informe, apreciamos el desdoblamiento del artículo 22 de la LOTC, donde, por un lado, se mantiene que gocen de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones; pero, por otro lado, se limita a resaltar y enfocar la “prohibición de persecución por las opiniones o votos, en ninguna forma ni ante ninguna jurisdicción”, aduciendo que “se trata de una inviolabilidad que carece de respaldo en el texto constitucional, siendo las inviolabilidades excepciones a la regla general de responsabilidad y de sujeción a la Constitución, más si cabe tratándose de depositarios de los poderes públicos, que han de ser interpretados restrictivamente”. Se puede el informe al Anteproyecto en la siguiente página web:

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/ca/Poder-Judicial/Consell-General-delPoderJudicial/Activitatatdel-CGPJ/Informes/Informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-2-1979-de-3-de-octubre-del-Tribunal-Constitucional> (Consultada el 4 de enero de 2021).

En cuanto a la regulación de los Defensores del Pueblo autonómicos, se encuentran regulados en los respectivos Estatutos de Autonomía donde éstos ejerzan sus funciones. Pero podemos encontrar con supuestos en los que los Estatutos no mencionen nada al respecto; en estos supuestos, debemos acudir a la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas.

Pero no podemos olvidar que también contamos con altos cargos, autoridades y funcionarios públicos extranjeros¹⁵, los cuales también gozan de inviolabilidad en nuestro país, gracias a la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados Extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u Oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España. Por tanto, gozarán de inviolabilidad los Jefes de Estado, Primeros Ministros, Ministros, Diplomáticos y Cónsules; incluyendo a sus familias, lugares en que realicen sus funciones públicas, correspondencia, propiedades, así como medios de transporte; cuando se encuentren dentro de territorio español durante el tiempo en el que se encuentren en el ejercicio de su mandato. Eso sí, sin hacer distinción entre si se encuentran en misión oficial o en visita privada.

2. Consideraciones críticas

Toda prerrogativa supone cierto privilegio que puede derivar en un trato discriminatorio en beneficio de un sujeto. En la actualidad, es tema controvertido la inviolabilidad del Rey, donde los partidos políticos que integran la Cámara, pretender definir, limitar, e incluso algunos persiguen la supresión de inviolabilidad en dicha figura.

Tal y como hemos mencionado *ut supra*, esta prerrogativa puede vulnerar el derecho fundamental a la igualdad, que es donde la mayoría de los partidos se apoyan para pretender la alteración o redefinición de la misma, pero se ha de tener en cuenta un parámetro que debe ir ligado a la igualdad, concretamente Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO destaca que se ha de tener en cuenta la “razonabilidad justificativa”¹⁶.

En cuanto a la inviolabilidad parlamentaria trata de ser un medio técnico que pretende asegurar el principio de separación de poderes, no sólo teniendo como finalidad absoluta la consolidación de la libertad de expresión, así como de opinión, de los parlamentarios; sino también resguardar la autonomía de la propia Cámara contra aquellas posibles agresiones

¹⁵ Véase GONZÁLEZ GRANDA. P.: *La reforma del sistema interno de la extensión y límites de la jurisdicción española en el orden civil. Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, entre otras*, Reus, Madrid, 2016, págs. 41-49.

¹⁶ Asimismo, defiende esta postura a lo largo de los tiempos el Tribunal Constitucional en sendas Sentencias, como, por ejemplo: STC 34/1981, de 10 de noviembre, (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 1981) ECLI:ES:TC:1981:34 y STC 79/2020, de 2 de julio, (BOE núm. 207, de 31 de julio de 2020) ECLI:ES:TC:2020:79. Véase FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: “La titularidad de la Jefatura del Estado como causa personal funcional de exención de responsabilidad penal”, *Diario la Ley*, nº 9770, Sección Doctrina, 2021, pág. 3.

efectuadas por los órganos judiciales¹⁷. Por tanto, para poder apreciar realmente esta prerrogativa, debemos intentar desligarla de esa dimensión constitucional, la cual nos encamina al pensamiento de considerarla como un privilegio odioso, que incide de manera negativa, llegando a vulnerar incluso el derecho a la igualdad o a la tutela judicial efectiva; para ello debemos desligarla de su dimensión constitucional y de ese modo, apreciaremos la necesidad del mantenimiento de esta figura en nuestro Estado constitucional; eso sí redefiniendo la misma, para así eliminar ese carácter absoluto del que es beneficiario en la actualidad.

Tal y como anuncia Nicolás PÉREZ SERRANO muy acertadamente, “el parlamentario puede, cuando olvida las moderaciones éticas y de obligada corrección, ofender, ultrajar a personas e instituciones, denostar a autoridades y particulares, imputar delitos, utilizar falsedades, y sin embargo el agraviado, que tendría expedito el camino de los Tribunales en otro caso, ha de resignarse pacientemente, sin que se le admita ni aun el derecho a rectificación justiciera y proporcionada. Todo ello con la inmensa agravante de la publicidad clamorosa que la imputación alcanza al ser difundida por el tornavoz insuperable de la tribuna parlamentaria y de los diarios”¹⁸. En base a ello, y atendiendo a los Grupos Parlamentarios que componen el hemiciclo español, nos puede surgir la siguiente cuestión ¿Son dignos beneficiarios de inviolabilidad aquellos Diputados que empleen mensajes que enaltezcan, justifiquen o no desprecien actos terroristas dentro del ejercicio de sus funciones?

Atendiendo de manera literal a lo que ampara nuestra Constitución, claramente la respuesta es SI. Ello es debido al carácter absoluto del que goza la inviolabilidad, impidiendo de ese modo que podamos aplicar el artículo 578 del Código Penal, donde se castigaría con pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses.

La inviolabilidad parlamentaria no tiene como finalidad el amparar opiniones deleznable, con ello únicamente se consigue desvirtuar y malograr el ejercicio de la institución. Por tanto, si un ciudadano de a pie ha de responder por tales actos, con mayor razón lo deberán hacer los parlamentarios que componen la Cámara, los cuales están obligados a acatar lo que establece nuestra Carta Magna¹⁹.

IV. LA INMUNIDAD

1. Precisiones conceptuales

La inmunidad se centra en imposibilitar la persecución penal mientras dure el cargo del sujeto beneficiado. La CE únicamente dota de inmunidad a diputados y senadores en su artículo 71.2, donde literalmente indica que “durante el período de su mandato los Diputados y

¹⁷ “Preservar el libre funcionamiento de las instituciones democráticas, condición necesaria para la aplicación y el respeto de los derechos humanos”, COHEN-JONATHAN, G.: *La Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Económica, París, 1989, pág. 553.

¹⁸ PÉREZ SERRANO, N.: *Tratado de derecho político*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 780.

¹⁹ CATALÀ i BAS, A.H.: “La inviolabilidad parlamentaria a la luz de la Sentencia del TSJ del País Vasco de 5 de septiembre de 2003 (Caso del Diputado de H.B Jon Salaberria), *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 14, 2003, págs. 164-165.

Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito”, pero siendo necesaria la previa autorización de la respectiva Cámara. Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias²⁰, “La inmunidad (...) es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento”. Por tanto, el objetivo que pretendió conseguir la CE con la implantación de la inmunidad fue el adecuado funcionamiento del Parlamento, aportando un mayor nivel de protección a uno de los poderes del Estado.

En la actualidad, al igual que ocurre con la inviolabilidad, una pluralidad de Leyes reguladoras, otorgan este privilegio a distintos altos cargos, autoridades y funcionarios públicos, ampliando, por tanto, el número de sujetos beneficiario de inmunidad recogidas en la CE. Pero no todos estos sujetos, gocen o no de base constitucional, tienen el mismo nivel de inmunidad; sino que ha de diferenciarse entre supuestos de la inmunidad total, de la inmunidad parcial.

La primera implica la necesidad de autorización expresa de la Cámara, mediante suplicatorio, para que puedan ser procesados. En tal sentido encontramos a Diputados y Senadores nacionales y Diputados europeos²¹.

Por su parte, la inmunidad parcial supone que el sujeto puede ser procesado sin que sea preceptivo el suplicatorio. A su vez, en este bloque, debemos dividir entre si esos sujetos gozan de inviolabilidad, o por el contrario no es así. Dentro de los sujetos que a su vez cuentan con inviolabilidad, encontramos a los Parlamentarios autonómicos²², Magistrados del

²⁰ STC 243/1988, de 19 de diciembre (*BOE núm. 11*, de 13 de enero de 1989) ECLI:ES:TC:1988:243; STC 80/1995, de 5 de junio (*BOE núm. 162*, de 8 de julio de 1995) ECLI:ES:TC:1995:80; STC 123/2001, de 4 de junio (*BOE núm. 158*, de 3 de julio de 2001) ECLI:ES:TC:2001:123 Y STC 124/2001 de 4 de junio (*BOE núm. 158*, de 3 de julio de 2001) ECLI:ES:TC:2001:124.

²¹ 12006E/PRO/36 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea – E. Protocolo anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica – Protocolo núm. 36 sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas.

Artículo 10: *Mientras el Parlamento Europeo esté en período de sesiones, sus miembros gozarán:*
a) *En su propio territorio nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país;*

b) *En el territorio de cualquier otro Estado miembro, de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial.*

Gozarán igualmente de inmunidad cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de éste.

No podrá invocarse la inmunidad en caso de flagrante delito, ni podrá ésta obstruir el ejercicio por el Parlamento Europeo de su derecho a suspender la inmunidad de uno de sus miembros.

²² Los parlamentarios autonómicos no se encuentran amparados por el artículo 71 de la CE. Por ello debemos acudir a los distintos Estatutos de Autonomía para ver la regulación de los mismos, tal y como nos indican los artículos 147.2 c) y 148.1.1 de la CE, donde se posibilita al legislador territorial la configuración y regulación de las mismas. Para ahondar sobre el tema, véase MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: “Las prerrogativas de los parlamentarios territoriales: nota sobre la

Tribunal Constitucional²³, Defensor del Pueblo²⁴, así como los distintos Defensores del Pueblo autonómicos²⁵.

Centrándonos en el segundo bloque debemos mencionar aquellos sujetos que no gozan de inviolabilidad, entre los cuales encontramos los Jueces de 1ª instancia, Magistrados de 2ª instancia y Magistrados del Tribunal Supremo (en adelante TS)²⁶, fiscales²⁷ y diplomáticos y altos funcionarios de organizaciones internacionales²⁸.

2. Consideraciones críticas

La inmunidad, al igual que ocurre con la prerrogativa de la inviolabilidad, únicamente puede tener justificación en un Estado constitucional. Pero no es suficiente que la prerrogativa se encuentre debidamente fundada en cuanto a teoría se refiere, sino también se entiende necesario, que cumpla de manera plena, con el objeto para la cual ha sido diseñada.

Es inevitable considerar la necesaria reforma de la figura de la inmunidad. El actual sobreuso no sólo corrompe la finalidad que persigue la prerrogativa, sino que la convierte en un temido

inmunidad limitada de los Diputados de los parlamentos autónomos”, *Corts Anuario de Derecho Parlamentario*, 1995. Págs. 79-90.

²³ Artículo 398 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: *1. Los Jueces y Magistrados en servicio activo sólo podrán ser detenidos por orden de Juez competente o en caso de flagrante delito. En este último caso se tomarán las medidas de aseguramiento indispensables y se entregará inmediatamente el detenido al Juez de Instrucción más próximo.*

2. De toda detención se dará cuenta, por el medio más rápido, al Presidente del Tribunal o de la Audiencia de quien dependa el Juez o Magistrado. Se tomarán por la Autoridad Judicial que corresponda las prevenciones que procedan para atender a la sustitución del detenido.

²⁴ Artículo 6.3 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo: *En los demás casos, y mientras permanezca en el ejercicio de sus funciones, el Defensor del Pueblo no podrá ser detenido ni retenido sino es caso de flagrante delito...*

²⁵ Al igual que ocurre con la figura de la inviolabilidad, deberemos acudir a los distintos Estatutos de Autonomía. Si éstos no dicen nada al respecto, debemos acudir al artículo 1.1 de la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas: *Los titulares de las Instituciones autonómicas similares al Defensor del Pueblo, Comisionados territoriales de las respectivas Asambleas Legislativas, gozarán, durante el ejercicio de su cargo, de las garantías de inviolabilidad e inmunidad que se otorgan a los miembros de aquéllas en los respectivos Estatutos de Autonomía.*

²⁶ Artículo 398 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: mencionado *ut supra*.

²⁷ Artículo 56 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: *Los miembros de la Carrera Fiscal en activo no podrán ser detenidos sin autorización del superior jerárquico de quien dependan, excepto por orden de la autoridad judicial competente o en caso de flagrante delito...*

²⁸ Para ahondar sobre el tema véase VARIAS ROMEROSO, S.: “Funcionarios internacionales: sus inmunidades y privilegios”, *Cuadernos de política social*, núm. 25, 1995, págs. 88-99. A su vez, véase, RODRÍGUEZ BOLAÑOZ, M.A. y PORTILLA PARRA, S.: “Aplicación y límites de la inmunidad diplomática, a la luz de las normas del *ius cogens*”, *Opinión jurídica*, 2020, págs. 259-281.

privilegio que se ampara en el mal seguido principio de autodefensa²⁹. El abuso que mayor preocupación suscita es la posible liberación de presos, amparándose en la elección parlamentaria.

En este sentido debemos destacar el supuesto concreto de Carles PUIGDEMONT i CASAMAJÓ: podemos recordar que en abril del año 2019 se presentó a las elecciones al Parlamento Europeo –por la coalición Lliures per Europa– cuando ya pesaba sobre él una orden de detención europea. Inicialmente su incorporación en la lista fue objeto de veto por la Junta Electoral Central³⁰, pero finalmente los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, junto con la necesaria participación del TS, así como la ratificación de la resolución de éstos por parte del TC³¹, hicieron posible que se presentara como candidato, ocupando en la actualidad el cargo de Eurodiputado desde julio de 2019³².

V. EL AFORAMIENTO

1. Precisiones conceptuales

Supone un fuero procesal especial, en virtud del cual adquiere competencia un órgano superior al que le correspondería legalmente, por razón de la persona. Este privilegio se conforma como un derecho del sujeto implicado, dejando de manifiesto el principio del juez legal recogido en el artículo 24.2 de la CE. Con todo ello, se pretende que los enjuiciamientos de estos sujetos sean puros sin ningún tipo de alteración por cuestiones políticas que puedan dar pie a venganzas. De ahí su necesaria protección especial.

En este apartado podemos distinguir entre aforamiento políticos y aforamientos profesionales. Los que más problemas han suscitado en nuestro país son los aforamientos, denominados como políticos, donde haríamos mención al Presidente del Gobierno, Ministros del Gobierno, diputados, senadores y los diputados autonómicos, debido a su mayor repercusión pública.

²⁹ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: “La inmunidad parlamentaria en la actualidad”, *Revista de estudios políticos*, nº 215, 1977, pág. 245.

³⁰ Acuerdo nº 287/2019 de la Junta Electoral Central. Se puede consultar en el siguiente enlace web: http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/doctrina/acuerdos?packedargs=anyosesion=2019&idacuerdoinstruccion=67617&idsesion=935&template=Doctrina%252FJEC_Detalle (Visto el 14 de enero de 2021).

³¹ Cuestión que avaló, no admitiendo a trámite los recursos presentados por el Partido Popular y Ciudadanos, al considerar que no existe vulneración de ningún derecho fundamental que sea objeto de tutela en sede de amparo.

³² El tema reviste gran complejidad. La Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, mediante Auto Contencioso de 5 de mayo de 2019, por unanimidad declaró competente para conocer sobre el asunto a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid. Dentro de los razonamientos jurídicos, concretamente en el cuarto punto añade “en cuanto ciudadanos españoles tienen derecho a presentarse como candidatos en las próximas elecciones al Parlamento Europeo. Es doctrina reiterada la que subraya que las causas de inelegibilidad deben ser resueltas de manera más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales”.

Tras la aprobación de la Carta Magna, se han ido incorporando bajo el ala del aforamiento, gracias al uso de la legislación orgánica reguladora, al igual que ha ocurrido con las otras dos figuras arriba mencionadas, otras autoridades y cargos públicos no contemplados en la CE. En este sentido, dentro de aforamientos políticos encontramos al Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas³³, al Defensor del Pueblo y sus adjuntos³⁴, así como al Presidente y Consejeros del Gobierno y de los miembros de las Asambleas Legislativas de cada Comunidad Autónoma, ampliándose a las instituciones autonómicas equivalentes al Defensor del Pueblo³⁵.

Por su parte, adentrándonos en el segundo bloque, hacemos referencia a los aforamientos profesionales, encontramos al Presidente y Magistrados del Tribunal Constitucional³⁶, al Presidente y Vocales del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ)³⁷, a los miembros de la Carrera Judicial y Fiscal³⁸ y a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado³⁹.

³³ Artículo 35 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas: *Uno. La responsabilidad civil o criminal en que puedan incurrir los miembros del Tribunal de Cuentas en el ejercicio de sus funciones será exigida ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo.*

³⁴ Artículo 6.3 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor de Pueblo: *...correspondiendo la decisión sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio exclusivamente a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.*

³⁵ Artículo 73.3 a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: *Como Sala de lo Penal, corresponde a esta Sala, el conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia.* En ocasiones, puede ocurrir que el móvil del aforamiento no sea únicamente ese afán protector de independencia de una concreta institución, sino más bien de las funciones realizadas por las personas que integran las mismas. En este sentido, encontramos a los miembros de la Carrera Judicial y Fiscal, donde el artículo 73.3 b) únicamente les reconoce el privilegio de aforados por los hechos ilícitos cometidos “en el ejercicio de su cargo”.

³⁶ Artículo 26 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional: *La responsabilidad criminal de los Magistrados del Tribunal Constitucional sólo será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.*

³⁷ Artículo 583 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: *La responsabilidad civil y penal de los miembros del Consejo del Poder Judicial se exigirá por los trámites establecidos para los Magistrados del Tribunal Supremo.*

³⁸ Artículo 73.3 b) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: *La instrucción y el fallo de las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la comunidad autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo.*

³⁹ En el caso de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, aun no siendo un aforamiento en sentido estricto, el artículo 8.1, de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, tras la interpretación por parte del Tribunal Constitucional realizada de este precepto, se fija una regla singular de competencia que entra en juego exclusivamente con aquellos delitos consumados “en el ejercicio de sus funciones”.

Artículo 8.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: *...Iniciadas unas actuaciones por los Jueces de Instrucción, cuando éstos entiendan que existen indicios de criminalidad por la conducta de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, suspenderán las actuaciones y las remitirán a la Audiencia Provincial correspondiente, que será la competente para seguir la instrucción, ordenar, en su caso, el procesamiento y dictar el fallo que corresponda...*

La última ampliación se llevó a cabo tras la abdicación de D. Juan Carlos I, actual Rey Emérito de España, en el año 2014. La LOPJ incorporó un nuevo artículo 55 bis donde otorga el beneficio de aforado a la Reina consorte o el consorte de la Reina, la Princesa o Príncipe de Asturias y su consorte, y el Rey o Reina que hubiere abdicado y su consorte⁴⁰.

Aun apreciando las diferencias advertibles entre las distintas autoridades que gozan de estos aforamientos, el fundamento es el mismo para todas ellas, destacando ese carácter temporal del mismo. Pero como toda regla, este supuesto también goza de excepción, debido a la existencia de colectivos donde ese fuero especial va más allá de la pérdida de su cargo, es decir, no está condicionado a ello. Nos estamos refiriendo al fuero especial del que gozan los Jueces, Magistrados y Fiscales, amparándose tal y como defiende el TS, literalmente, “no es proteger la independencia en el desempeño de sus funciones del individuo afectado, sino la circunstancia de que los hechos se hayan realizado en el ejercicio del cargo, por la gran trascendencia que una conducta delincente en el desempeño de funciones judiciales tiene para la sociedad”⁴¹.

En lo que a aforamientos profesionales se refiere, las estadísticas afirman que el número de querellas presentadas contra miembros de la Carrera Judicial, se han ido incrementando de manera considerable. En el año 2018 se presentaron 464, de las cuales únicamente 27 diligencias previas se mantuvieron abiertas en 2019⁴².

En este sentido, como ejemplo, cabe decir que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid rechazó una querella formulada por un conocido bufete de abogados contra siete magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid por un delito de prevaricación en el caso de un afectado por la denominada hipoteca IRPH, multando al bufete al pago de 6.000€ por actuar de “mala fe”, tildando su actuación de “ejemplo claro de un ejercicio abusivo de la acción popular penal”⁴³.

Por último, es oportuno mencionar que a lo largo del tiempo que lleva la pandemia COVID19 azotando nuestra sociedad, se han presentado numerosas querellas contra el Gobierno por la gestión de la crisis derivada de la pandemia, presentándose más de medio centenar de querellas, atribuyendo sendos delitos de imprudencia grave con resultado de lesiones, así como contra los derechos de los trabajadores al Presidente Pedro Sánchez, a los Vicepresidentes Carmen Calvo y Pablo Iglesias, los ministros Salvador Illa, Margarita

⁴⁰ Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio, complementaria de la Ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁴¹ STS 380/2001, de 4 de abril y 1245/2000, de 5 de noviembre.

⁴² *Justicia Dato a Dato*. Consultar la publicación anual por parte del Consejo General del Poder Judicial, donde aparecen de manera sintetizada los datos que se disponen de la situación real del sistema judicial. Enlace web disponible: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/> (Visto el 5 de enero de 2021).

⁴³ Noticia del periódico “*La Expansión*” de 14 de julio de 2020. Consúltese en la siguiente página web: <https://www.expansion.com/juridico/sentencias/2020/07/14/5f0d7dc9e5fdead67f8b4590.html> (Visto el 16 de noviembre de 2020).

Robles, Fernando Grande-Marlaska y José Luis Ábalos⁴⁴. Solicitando la Fiscalía del TS, el 14 de septiembre de 2020, la inadmisión de todas las querellas presentadas contra el Gobierno⁴⁵. Por consiguiente, el TS –siguiendo la estela de la Fiscalía– el 18 de diciembre de 2020, procedió a la inadmisión de las querellas formuladas, así como al archivo de las actuaciones llevadas a cabo, por entender que no quedaba decididamente justificada la comisión de los hechos punibles atribuidos a los querellados⁴⁶.

2. Consideraciones críticas

Uno de los mayores problemas que abarcan los distintos medios informativos, son las negociaciones, mejor dicho, las no negociaciones, de los partidos políticos, en atención a la renovación del CGPJ, no sólo de vocales, sino también de los sistemas de nombramiento de los mismos.

La ciudadanía observa atónita tal despropósito, debido a que no aprecian problema funcional alguno, sino que únicamente, ello denota el interés ambicioso de los distintos partidos políticos en conseguir ser la ideología dominante dentro de este órgano constitucional, cuya finalidad –no nos olvidemos– es la de garantizar la independencia de los jueces en el ejercicio de sus funciones. Tal y como asevera Ricardo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, para los políticos es tan importante conseguir ser la fuerza mayoritaria dentro de este órgano por tres cuestiones principalmente: el CGPJ es el órgano encargado del nombramiento de los altos cargos de la Carrera Judicial, porque ese sistema de nombramiento es enteramente discrecional y porque existe en la actualidad un elevado número de aforados en España⁴⁷.

Centrándonos en el último de los puntos, España es el país que más aforados mantiene. Se presume que contamos con más de 250.000 aforados, de los cuales 232.000 los ocupan los Agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Y entre los 17.600 restantes, los disgregamos de la siguiente manera: siguiendo con los aforamientos profesionales, 5.500 comprenderían los Jueces, 2.550 fiscales aforados y 7.600 Jueces de paz. Y los 2.000 restantes serían los llamados aforados políticos.

Esta extensión se ha venido justificando, por un sector de la doctrina, en base a la ardua presencia de una acción popular recogida y amparada en nuestro sistema procesal, y protegida en nuestra Carta Magna, en su artículo 125, donde se reconoce que “los ciudadanos podrán

⁴⁴ Noticia del periódico “*El País*” de 31 de mayo de 2020. Consúltese en la siguiente página web: <https://elpais.com/espana/2020-05-30/el-gobierno-se-enfrenta-a-45-querellas-y-denuncias-en-el-tribunal-supremo.html> (Visto el 15 de enero de 2021).

Noticia del periódico “*ABC*” de 19 de diciembre de 2021. Consúltese en la siguiente página web: https://www.abc.es/espana/abci-gestion-covid-19-acumula-20-querellas-diez-delitos-y-todos-ministros-senalados-202012182327_noticia.html (Visto el 15 de enero de 2021).

⁴⁵ Véase el informe del Teniente Fiscal del Tribunal Supremo en la siguiente página web: <https://confi legal.com/wp-content/uploads/2020/09/INFORME-QUERELLA-COVID19.pdf> (Visto el 16 de enero de 2021).

⁴⁶ ATS 11985/2020 – ECLI:ES:TS:2020:11985^a.

⁴⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R.: “A propósito del nombramiento de los Vocales de procedencia judicial del Consejo General del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, nº 9769, Sección Tribunal, 2021.

ejercer la acción popular... en forma y con respeto a aquellos procesos penales que la ley determine...”⁴⁸. Ello nos dirige, de manera directa al Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁹, donde se nos indica que la acción penal es pública, y por tanto hayan sido ofendidos o no, tienen la potestad de querellarse. Así como también la Ley Orgánica del Poder reconoce en su artículo 19.1 el ejercicio de la acción popular a todos los ciudadanos de nacionalidad española⁵⁰.

La acción popular⁵¹ es entendida como aquel derecho que asiste a todos los sujetos no titulares de un derecho, interés o bien jurídico vulnerado, a incoar un proceso en nombre de la sociedad⁵².

Autores procesalistas de gran prestigio, entre los cuales se encuentra Vicente GIMENO SENDRA, defienden la justificación de la necesaria existencia de aforamientos, debido a la acción popular tan extensa con la que contamos en nuestro ordenamiento jurídico⁵³, cosa que no ocurre del mismo modo en el resto de Europa, debido a que queda en manos del Ministerio Fiscal el monopolio de la acción penal. Como solución, a la cual me sumo, nos plantea que para poder llevar a cabo la supresión de los aforamientos se exige una reforma de nuestra

⁴⁸ “Pocas consecuencias se pueden extraer de la norma constitucional, y a poco viene obligado el legislador, pues queda habilitado para regular la acción popular del modo que repute conveniente; se trata de una norma constitucional en blanco que deja al libérrimo criterio del legislador su régimen jurídico. Con todo, cabe apuntar a esta regla una excepción al menos: el legislador no está facultado para establecer la supresión de la acción popular de nuestro ordenamiento, pues no resulta posible responder al reconocimiento constitucional con el olvido o la desaparición”. GUTIÉRREZ ALVIZ y CONRADI, F. y MORENO CATENA, V.: “Artículo 125: La participación popular en la Administración de Justicia” en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edemas, Madrid, 1996, págs. 168 y ss. A su vez, puede ser objeto de consulta CRESPO BARQUERO, P.: “Artículo 125”, en *Comentarios a la Constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, págs. 1940-1949.

⁴⁹ Concretamente debemos dirigirnos a los siguientes artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Artículo 101: *La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley.*

Artículo 102: *Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo anterior, no podrán ejercitar la acción penal: 1. En que no goce de la plenitud de los derechos civiles. 2. El que hubiera sido condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querrela calumniosas. 3. El Juez o Magistrado. ...*

Artículo 270: *Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley.*

⁵⁰ GIMÉNEZ GARCÍA, J.: “Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”, *Eguzkilore*, nº 23, 2009, págs. 317-331.

⁵¹ La doctrina procesal sitúa el origen de la acusación popular en el ámbito del Derecho Romano, centralizándolo en la República romana (509 a.C. – 27 a.C). En aquel entonces se disfrutaba de un sistema acusatorio puro, otorgando de ese modo al ciudadano de la potestad para perseguir un delito en aras de proteger a la sociedad (*actio quivis ex populo*). BANACLOCHE PALAO, J.: “La acusación popular en el proceso penal: propuestas para una reforma”, *Revista de Derecho Procesal*, nº 1, 2008, pág. 10.

⁵² GIMENO SENDRA, V.: *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 83.

⁵³ Según argumenta Gimeno Sendra, “La constitucionalización de la acción popular vincula al Poder Legislativo, quien no podrá en un futuro derogarla, si bien, como todo derecho de configuración legal, es dueño de regular esta institución. GIMENO SENDRA, V.: “La acusación popular”, *Revista del Poder Judicial*, nº 31, 1993, pág. 90.

LECrim. que evite las querellas políticas y/o espurias, como ejemplo las destinadas a la obtención de una indebida recusación de un determinado juez.

Dando una posible solución a lo arriba referenciado, la nueva LECrim, cuyo Anteproyecto se encuentra en revisión para determinar si es posible su aprobación, incluirá una nueva articulación en lo que acusación popular se refiere, donde; no podrán ejercer la acción popular los miembros de las Carreras judicial o fiscal, los partidos políticos y sindicatos, así como las personas públicas⁵⁴. Asimismo, quedará limitada la posibilidad de la acción popular, debido a que sólo se podrá ejercer en relación a determinados delitos tasados en la propia Ley⁵⁵. Y no menos importante, es que se exigirá vinculación con el interés público tutelado, además de la posibilidad de ser esta acción condicionada por el Tribunal a la prestación de caución⁵⁶.

A modo de conclusión, y siguiendo los pasos de Vicente GIMENO SENDRA, decir que la solución puede que no sea la reforma de la Constitución, sino la realización de interpretaciones adecuadas de los supuestos de aforamiento con base constitucional que contempla.

Asimismo, si la intención es la de aminorar el número de aforamientos⁵⁷ que no cuenten con base constitucional, se debería realizar de una manera depurada, otorgando a los afectados algún tipo de filtro procesal para que así nuestros altos cargos, autoridades y funcionarios públicos no se vean expuestos a querellas abusivas, que lo que persiguen no es el adecuado enjuiciamiento y restitución, sino saciar su sed de venganza.

BIBLIOGRAFÍA

Monografías y artículos doctrinales

- AAVV. Gutiérrez Alviz y Conradi, F. y Moreno Catena, V.: “Artículo 125: La participación popular en la Administración de Justicia” en O. Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edemas, Madrid, 1996.
- AAVV. Núñez Rivero, J.M.C.: “El Estado. Concepto. Elementos. La evolución del Estado” en J.M. Goig Martínez, *Configuración del Estado constitucional en España*, Dykinson, Madrid, 2017.
- Agüeras Angulo, C.: “Control jurisdiccional de los actos parlamentarios”, *Revista del Instituto Belisario Domínguez. Pluralidad y Consenso*, nº 17, 2011.
- Álamo Martell, M^a D.: “Los orígenes de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias (1810-1837)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LXXXIV, 2014.
- Banacloche Palao, J.: “La acusación popular en el proceso penal: propuestas para una reforma”, *Revista de Derecho Procesal*, nº 1, 2008.

⁵⁴ Artículo 121 del Anteproyecto para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵⁵ Artículo 122 del Anteproyecto para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵⁶ Artículo 123 del Anteproyecto para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵⁷ Entendemos que antes de entrar a suprimir los aforamientos profesionales, sería conveniente limitar los aforamientos políticos, otorgando la prerrogativa únicamente al Presidente del Gobierno, Presidente del Congreso y Senado.

- Català i Bas, A.H.: “La inviolabilidad parlamentaria a la luz de la Sentencia del TSJ del País Vasco de 5 de septiembre de 2003 (Caso del Diputado de H.B Jon Salaberria)”, *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 14, 2003.
- Cohen-Jonathan, G.: *La Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Económica, París, 1989.
- Crespo Barquero, P.: “Artículo 125”, en M.E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, *Comentarios a la Constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009.
- Fernández Entralgo, J.: “La titularidad de la Jefatura del Estado como causa personal funcional de exención de responsabilidad penal”, *Diario la Ley*, nº 9770, Sección Doctrina, 2021.
- Fernández-Miranda Campoamor, A.: “La inmunidad parlamentaria en la actualidad”, *Revista de estudios políticos*, nº 215, 1977.
- Giménez García, J.: “Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”, *Eguzkilore*, nº 23, 2009.
- Gimeno Sendra, V.: “La acusación popular”, *Revista del Poder Judicial*, nº 31, 1993.
- Gimeno Sendra, V.: *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1998.
- Gómez Colomer, J.: “Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 38, 2016.
- González Granda, P.: *La reforma del sistema interno de la extensión y límites de la jurisdicción española en el orden civil. Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL Poder Judicial y Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, entre otras*, Reus, Madrid, 2016.
- Martínez Elipe, L.: “Reflexiones sobre la inviolabilidad, inmunidad y aforamiento”, *Revista de las Cortes Generales*, 2002.
- Martínez Sospedra, M.: “Las prerrogativas de los parlamentarios territoriales: nota sobre la inmunidad limitada de los Diputados de los parlamentos autónomos”, *Corts Anuario de Derecho Parlamentario*, 1995.
- Pérez Serrano, N.: *Tratado de derecho político*, Civitas, Madrid, 1984.
- Rodríguez Bolaños, M.A. y Portilla Parra, S.: “Aplicación y límites de la inmunidad diplomática, a la luz de las normas del *ius cogens*”, *Opinión jurídica*, 2020.
- Rodríguez Fernández, R.: “A propósito del nombramiento de los Vocales de procedencia judicial del Consejo General del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, nº 9769, Sección Tribunal, 2021.
- Van der Hulst, M.: *El mandato parlamentario. Estudio comparativo mundial*, Unión Interparlamentaria, Ginebra, 2000.
- Varias Romeroso, S.: “Funcionarios internacionales: sus inmunidades y privilegios”, *Cuadernos de política social*, nº 25, 1995.

Webgrafía

- Acuerdo de la Junta Electoral Central
http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/doctrina/acuerdos?packedargs=anyosesion=2019&idacuierdoinstruccion=67617&idsesion=935&template=Doctrina%252FJEC_Detalle
- Constitución francesa de 1791
<http://www.ieslasmusas.org/geohistoria/constitucionfrancesa1791.pdf>
- Declaración de Derechos (“Bill of Rights” de 13 de febrero de 1689)
<http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/gb4.htm#:~:text=Que%20las%20libertades%20de%20expresion,otro%20Tribunal%20que%20el%20Parlamento.&text=Que%20no%20se%20deben%20exigir,aplicarse%20castigos%20cruels%20ni%20desacostumbrados>
- Informe al anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/ca/Poder-Judicial/Consell-General-del-Poder-Judicial/Activitat-del-CGPI/Informes/Informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-2-1979--de-3-de-octubre--del-Tribunal-Constitucional>
- Informe del Teniente Fiscal del Tribunal Supremo
<https://confilegal.com/wp-content/uploads/2020/09/INFORME-QUERELLA-COVID19.pdf>
- Justicia Dato a Dato
<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>
- Noticia “ABC” de 19 de diciembre de 2020
https://www.abc.es/espana/abci-gestion-covid-19-acumula-20-querellas-diez-delitos-y-todos-ministros-senalados-202012182327_noticia.html
- Noticia “El País” de 31 de mayo de 2020
<https://elpais.com/espana/2020-05-30/el-gobierno-se-enfrenta-a-45-querellas-y-denuncias-en-el-tribunal-supremo.html>
- Noticia “La expansión” de 14 de julio de 2020
<https://www.expansion.com/juridico/sentencias/2020/07/14/5f0d7dc9e5fdead67f8b4590.html>

Título IV
del Gobierno y de la
Administración

COVID-19: impacto en la contratación pública*

Lidia García Martín

Personal Universitario en Formación (FPU). Área de Derecho Administrativo. Universidad de León.
lidia.garcia@unileon.es

Recibido
29 enero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Compra pública;
Digitalización; COVID-19; Inteligencia artificial;
Administración electrónica.

KEYWORDS

Public procurement;
Digitization; COVID-19; Artificial intelligence;
eGovernment.

Resumen

La crisis sanitaria ocasionada por la pandemia de la COVID-19 ha afectado a todos los sectores con gran crudeza. La garantía en la prestación de los servicios públicos, así como la continuidad de los procedimientos de compra pública ha propiciado la aprobación de una oleada de decretos leyes para hacer frente a la crisis sanitaria. El presente artículo, a la luz de las consideraciones que instaura nuestra carta magna en relación con la protección de la salud, pretende reflexionar sobre los aciertos y desaciertos de estas nuevas disposiciones normativas, así como perfilar una serie de medidas a tener en cuenta a la hora de garantizar una adecuada prestación de los servicios públicos. Finalmente, se hace una mención especial a la inteligencia artificial en un contexto en el que el teletrabajo de las Administraciones públicas ha sido la única solución efectiva para garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos durante la declaración del estado de alarma.

COVID-19: impact on public procurement

Abstract

The health crisis caused by the COVID-19 pandemic has affected all sectors very harshly. The guarantee in the provision of public services, as well as the continuity of public procurement procedures has led to the approval of a wave of decree laws to face the health crisis. This article, in the light of the considerations established by our constitution in relation to health protection, aims to reflect on the successes and failures of these new regulatory provisions, as well as outline a series of measures to be taken into account when time to ensure adequate provision of public services. Finally, a special mention is made of artificial intelligence in a context in which teleworking by

* El artículo que ahora se publica se enmarca en el curso “*En defensa de la Constitución*” celebrado los días 3 y 4 de diciembre de 2020 en la Facultad de Derecho de la Universidad de León, bajo mi ponencia titulada “*Covid-19: impacto en la contratación pública electrónica*”. Mi agradecimiento a las organizadoras del evento, las profesoras Dra. Dña. SEIJAS VILLADANGOS y Dra. Dña. MATA SIERRA por impulsar la publicación de este número monográfico que hoy ve la luz. Asimismo, dicho artículo está financiado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en el marco de los contratos predoctorales de Formación del Profesorado Universitario (FPU17/00287), así como del proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2017-83864-R, de cuyo equipo de trabajo formo parte.

public administrations has been the only effective solution to guarantee the continuity of the provision of public services during the declaration of the state of alarm.

I. El papel de la Unión Europea en materia de contratos públicos ante la crisis sanitaria de la COVID-19 – II. Un apunte a las normas sobre contratación pública a resultados de la crisis sanitaria – III. Referencias normativas a la contratación pública electrónica – IV. La compra centralizada para la adquisición de material sanitario – V. El futuro de la inteligencia artificial y su extensión a los contratos públicos – VI. Conclusiones – Bibliografía

I. EL PAPEL DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS ANTE LA CRISIS SANITARIA DE LA COVID-19

Es imposible analizar el Derecho interno español de la contratación pública sin tener en cuenta el Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. De hecho, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) ha reconocido la naturaleza constitucional de las normas de Derecho originario, de tal manera que los principios que consagra el TFUE son tomados como principios generales de la compra pública en los Estados miembros conforme a los ordenamientos internos nacionales. Estos principios son, entre otros, la libertad de acceso, la publicidad, la transparencia, no discriminación, así como la igualdad de trato.

Así, la Comunicación de 1 de abril de 2020 de la Comisión titulada *Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis sanitaria del COVID-19* (2020/C 1081/01)¹ reconoció la necesidad de adoptar soluciones rápidas e inteligentes para hacer frente a un aumento en la demanda de determinados bienes y servicios, en concreto, cita, «la disponibilidad de equipos de protección individual, como mascarillas y guantes de protección, productos sanitarios, como los respiradores y otros suministros médicos, así como de infraestructura hospitalaria e informática».

De esta forma, la Comisión flexibiliza el procedimiento de contratación pública de la UE para la adquisición de suministros, servicios y obras necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria. Por tanto, nos encontramos ante una guía para el desarrollo de la contratación de extrema urgencia, permitiendo la adquisición de compras en cuestión de días u horas. En concreto, permite que los compradores públicos recurran a la reducción de los plazos para acelerar la tramitación de los procedimientos abiertos o restringidos. Además, para los casos en los que dicha flexibilización resulte insuficiente, habilita al empleo del procedimiento negociado sin publicidad. Finalmente, reconoce la posibilidad de que los compradores públicos recurran a la adjudicación directa a un operador económico preseleccionado, siempre que sea el único que pueda proporcionar los suministros necesarios dentro de los condicionantes técnicos y temporales que impone la extrema urgencia.

¹ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN)

De hecho, el artículo 32.2 c) Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, reconoce que será posible emplear el procedimiento negociado sin publicidad cuando, en la medida en que sea estrictamente necesario por razones de urgencia imperiosa resultante de hechos que el poder adjudicador no haya podido prever, no puedan respetarse los plazos de los procedimientos abiertos, restringidos o de licitación con negociación y las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no sean en ningún caso imputables a los poderes adjudicadores. Sin embargo, como ha señalado la jurisprudencia europea solo podrá acudirse a este procedimiento en caso de extrema urgencia, siendo necesario que en cada licitación se motive en un informe individual la concurrencia de todas y cada una de las condiciones, siendo interpretadas de forma restrictiva².

Estos criterios acumulativos constituyen una condición *sine qua non* para la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad y son reconocidos en la citada Comunicación de 1 de abril de 2020 de la Comisión Europea titulada *Orientaciones sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis sanitaria del COVID-19*. En primer lugar, debe tratarse de sucesos imprevisibles para el poder adjudicador. En nuestro caso, en el momento de la publicación del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 era imposible determinar con exactitud cuántos pacientes necesitarían tratamiento médico cada día. En efecto, la Comunicación reconoce que «es ciertamente imposible prever y planificar con anticipación las necesidades específicas de los hospitales y otros centros sanitarios en lo tocante a proporcionar tratamiento, equipos de protección individual, respiradores, camas adicionales o infraestructuras hospitalarias y de cuidados intensivos adicionales, con todos los equipos técnicos que esto lleva aparejado; por tanto, esto constituye un suceso imprevisible para los poderes adjudicadores». En segundo lugar, que se aprecie una extrema urgencia que haga imposible el cumplimiento de los plazos generales, sobre lo que argumenta que «no puede dudarse de que las necesidades inmediatas de los hospitales y centros sanitarios (en términos de suministros, servicios y obras públicas) tienen que cubrirse con toda la rapidez posible». En tercer lugar, la existencia de un nexo causal entre el suceso imprevisto y la extrema urgencia, en nuestro caso, indudable por cuanto la necesidad inmediata de los hospitales y centros de salud viene motivada por la pandemia de la COVID-19. Por último, debe emplearse en la medida estrictamente necesaria para cubrir el vacío normativo existente hasta que se encuentren soluciones más estables, como pudiera ser el empleo de contratos marco de suministros y servicios adjudicados a través del procedimiento ordinario³.

Con todo, la consecuencia del empleo de este procedimiento implica que los compradores públicos resultan habilitados para la negociación con los posibles contratistas sin necesidad de proporcionar publicidad a dicha licitación, establecer un determinado plazo temporal o consultar previamente a un número mínimo de candidatos. En definitiva, «las autoridades pueden actuar con toda la rapidez que sea técnica y físicamente posible, y el procedimiento puede constituir una adjudicación directa de facto sujeta únicamente a limitaciones físicas o técnicas relacionadas con la disponibilidad real y la velocidad de entrega»⁴.

² Vid., los asuntos C-275/08, *Comisión/Alemania* y C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*.

³ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN)

⁴ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN)

II. UN APUNTE A LAS NORMAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA A RESULTAS DE LA CRISIS SANITARIA

Uno de los sectores más afectados por la declaración del estado de alarma para hacer frente a la crisis sanitaria ha sido, sin duda, el de la contratación pública⁵. En concreto, ha sido necesario dotar de equipos de protección, entre otros, mascarillas, guantes, batas, respiradores y un largo etcétera a los centros sanitarios y residencias de ancianos entre otros.

De esta manera, los cambios que la pandemia ha introducido en el ámbito de la compra pública no han sido pocos, bajo el amparo de lo previsto en el artículo 43 CE, en relación con el derecho a la protección de la salud. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.

En concreto, el *RD-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptaron medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19*, determinó en su artículo 16 la tramitación de emergencia para todos los contratos que fueran a celebrarse por las entidades del sector público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19.

Ahora bien, para poder accionar la tramitación de emergencia del art. 120 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), es necesario, en primer lugar, que la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. La situación derivada de la pandemia ocasionada por la COVID-19 puede catalogarse como un hecho totalmente imprevisible para los poderes adjudicadores justificativo de la contratación de emergencia. Sin embargo, para MELÓN PARDO «podríamos discutir si en cierta medida no ha sido la propia Administración quien ha contribuido a generarlo, dada la falta de previsión en cuanto al impacto del COVID-19 y por lo tanto la demora en las compras y aprovisionamientos necesarios»⁶.

En segundo lugar, una vez se aprecie el presupuesto de hecho que permita recurrir a la tramitación de emergencia, ello posibilita a las Administraciones públicas recurrir a la contratación verbal, que, como regla general, resulta vedada. Por tanto, la opción de la tramitación de emergencia prevista en la LCSP supone, en palabras de GONZÁLEZ

Recuérdese que el art. 168.b.1º LCSP permite que los órganos de contratación adjudiquen contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación en los contratos de obras, suministros y servicios cuando exista «una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119».

⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «COVID-19 y contratación pública: tramitación de emergencia en práctica y otras cuestiones», en: AA. VV, *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 306.

⁶ MELÓN PARDO, C., «El Impacto del Covid-19 sobre la contratación pública: primeras notas», en: M. A. RECUERDA GIRELA, *Anuario de Derecho Administrativo 2020*, p. 703.

GARCÍA, «adquirir sin procedimiento de licitación pública, –contratación directa, en definitiva–, después de una mera negociación entre entidad del sector público y contratista»⁷.

Sobre este punto, debe recordarse que el art. 120 LCSP se refiere a «cuando la Administración tenga que actuar... se estará al siguiente régimen excepcional», por tanto, permite a las Administraciones públicas optar por esta tramitación de emergencia, si bien, el art. 16.2 RD-ley 7/2020, de 12 de marzo, amplía su ámbito subjetivo al permitir la aplicación de la tramitación de emergencia a todos los contratos que hayan de celebrarse por la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19.

En tercer lugar, la tramitación de emergencia prevista en la LCSP solo exonera de la obligación de tramitar expediente de contratación, pero no excluye la posibilidad de que se empleen instrumentos de racionalización de la compra pública, como los acuerdos marco o las centrales de contratación. De hecho, la *Orden TMA/263/2020, de 20 de marzo, por la que se regula la adquisición y distribución de mascarillas por parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana*, empleó la compra centralizada para la adquisición de un máximo de 8.000.000 de mascarillas FFP2 para su distribución en el ámbito del sector del transporte en áreas de riesgo, con motivo de la situación de emergencia de salud pública provocada por el COVID-19. El procedimiento de adquisición de dicho material sanitario se llevó a cabo a través de la entidad pública Puertos del Estado, adscrito al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana⁸.

En cuarto lugar, dichos contratos deberán respetar las normas sobre publicidad que prevé el art. 154 LCSP al requerir la publicación de la formalización de dichos contratos junto con el correspondiente contrato en un plazo no superior a quince días tras su perfeccionamiento en el perfil de contratante del órgano de contratación, así como en el Diario Oficial de la Unión Europea cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada. Respecto de los contratos menores, el art. 63.4 LCSP impone la publicación trimestral⁹. Además, recuérdese que debe

⁷ GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., «COVID-19 y contratación pública: tramitación de emergencia...», *op. cit.*, p. 311.

⁸ En igual sentido, la *Orden TMA 292/2020, de 26 de marzo, por la que se regula una segunda adquisición y distribución de mascarillas por parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana* empleó la compra centralizada para la adquisición de un máximo de 5.000.000 de mascarillas FFP2 con objeto de su distribución en el ámbito del sector del transporte que se encuentren en áreas de riesgo, según los criterios indicados con carácter general por el Ministerio de Sanidad, con motivo de la situación de emergencia de salud pública provocada por el COVID-19. Este procedimiento de adquisición se realizaría a través de la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) adscrita al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

⁹ En expresión de MELÓN PARDO, C., «El Impacto del Covid-19 sobre la contratación pública: primeras notas», *op. cit.*, p. 703., «la contratación de emergencia se rige por las normas del artículo 120 y no está sujeta a procedimiento, pero ello no significa que no se apliquen las reglas y principios elementales de la contratación pública en materia de capacidad y solvencia de los contratistas (la contratación de emergencia no habilita la selección de operadores económicos inidóneos) y en materia de publicidad y transparencia de los contratos (la contratación de emergencia no puede ser opaca)».

ser igualmente respetado el principio de transparencia. De hecho, de acuerdo con MIRANZO DÍAZ «actualmente existen medios para garantizar la transparencia más allá de la publicidad tradicional, como muestra la experiencia internacional, que evidencia cómo las nuevas tecnologías y la contratación electrónica hacen posible la implantación de mayores estándares de transparencia que deben ser tomados en cuenta»¹⁰.

No obstante, de conformidad con el art. 154.7 LCSP podrá excepcionarse la publicación de determinados datos relativos a la celebración del contrato cuando se considere justificado debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

Por tanto, en expresión de GAMERO CASADO «lo que se permite es que se evite la publicación de “determinados datos”, no que se omita toda publicación»¹¹. En estos casos, se exigirá como paso previo a la decisión de no publicar determinados datos relativos a la celebración del contrato, la emisión de un informe por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, regulado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el que se aprecie si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con su no publicación, siendo evacuado en un plazo máximo de diez días.

Por último, el art. 44.4 LCSP excluye de la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación pública, los procedimientos de adjudicación que se sustancien por el trámite de emergencia.

Asimismo, el art. 16 *Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptaron medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19*, excluyó de la necesidad de facturación electrónica (que obliga la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la facturación electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público) a las facturas emitidas por proveedores no nacionales radicados en el exterior que se correspondieran con contratos a los que me he referido con anterioridad (art. 16.5), es decir, que fueran a celebrarse por las entidades del sector público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente a la crisis sanitaria.

Ahora bien, la competencia para la adquisición de material sanitario que dotara de suficiente abastecimiento a los hospitales y demás centros sanitarios y sociales correspondió, en todo

¹⁰ MIRANZO DÍAZ, J., *Reflexiones sobre la transparencia y la integridad en contrataciones relacionadas con el Covid-19* [en línea] [fecha de consulta: 21/12/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/reflexiones-sobre-la-transparencia-y-la-integridad-en-contrataciones-relacionadas-con-el>

¹¹ GAMERO CASADO, E., *Transparencia y contratación de emergencia ante el Covid-19*, [en línea] [fecha de consulta: 22/12/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/transparencia-y-contratacion-de-emergencia-ante-el-covid-19>

momento, a las Comunidades Autónomas de acuerdo con el art. 6 RD 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y por el que se acordó la declaración del Estado de alarma, al señalar que «cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma y sin perjuicio de lo establecido en los artículos 4 y 5». Además, este RD suspendió los términos e interrumpió los plazos administrativos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. Dicha suspensión e interrupción se aplicó a todo el sector público incluido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, si bien, dio continuidad a aquellos procedimientos administrativos relativos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma o relativos a la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios. Esta situación sería mantenida hasta el 1 de junio de 2020. En concreto, fue la disposición derogatoria única del RD 537/2020, de 22 de mayo¹², la que reanudó y/o reinició el cómputo de los plazos administrativos que habían quedado interrumpidos.

En suma, esta suspensión de la actividad contractual ordinaria del sector público sirvió, en palabras de BERNAL BLAY, «para esconder la ausencia de un plan de contingencia en este “sector económico horizontal” que es la contratación pública, cuya importancia cuantitativa y cualitativa desde el punto de vista de lo que representa en términos de Producto Interior Bruto está fuera de toda duda»¹³.

Sobre dicha suspensión tuvo oportunidad de manifestarse la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su *nota informativa de Interpretación de la Disposición adicional tercera del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID19*, en relación con las licitaciones públicas. De hecho, pese a aclarar que se acordaba «la suspensión automática de todos los procedimientos de las entidades del sector público desde la entrada en vigor de la norma, cualquiera que sea su naturaleza y, en consecuencia, también de los propios de la contratación pública...», permitía la continuidad de todos aquellos procedimientos administrativos referidos «a situaciones estrechamente vinculados a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios»¹⁴.

La suspensión de los procedimientos de las entidades del sector público supuso la imposibilidad de seguir celebrando nuevos contratos públicos. Sin embargo, a fin de evitar la suspensión total y la imposibilidad de celebrar nuevos contratos no vinculados a la crisis

¹² Por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

¹³ BERNAL BLAY, M. A., *La contratación pública durante el estado de alarma: reflexiones sobre el funcionamiento del “ecosistema” organizativo* [en línea] [fecha de consulta: 21/01/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/la-contratacion-publica-durante-el-estado-de-alarma-reflexiones-sobre-el-funcionamiento>

¹⁴ <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/Notas/Nota%20informativa%20RD%20estado%20de%20alarma.pdf>

sanitaria, se recurre a la vía del contrato puente que señala el *Informe 17/2020, de 20 de mayo, de la Junta consultiva de contratación pública del Estado sobre la licitación durante el estado de alarma de contratos no relacionados con la crisis del Covid-19*, que aparecen «única y excepcionalmente justificados por el grave perjuicio que para el interés público representa la pérdida de un servicio que afecte a aspectos tan relevantes como la salubridad o la seguridad pública, y de los que debe hacerse un uso limitado al tiempo estrictamente imprescindible para terminar la licitación correspondiente, todo ello sin perjuicio, cuando proceda, de la responsabilidad del órgano de contratación en los supuestos en que pueda haber existido negligencia en la tramitación»¹⁵.

Por su parte, el art. 34 *RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19*, sancionó diferentes consecuencias en función de la naturaleza del contrato, sin embargo, excluyó de su aplicación a los contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto estuviera vinculado con la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos¹⁶; contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte; y, en fin, contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado (principalmente, AENA)¹⁷.

Así, los contratos de servicios y suministros de prestación sucesiva, excluyendo a los de material sanitario o que pudieran resultar esenciales para hacer frente a la crisis sanitaria fueron suspendidos total o parcialmente desde el momento en el que no se pudiera continuar con su cumplimiento hasta que fuera posible su reanudación y fuera comunicada por el órgano de contratación al contratista. En ese caso, la entidad adjudicataria debía abonar los daños y perjuicios sufridos por el contratista, previa su justificación por parte de este último.

¹⁵ <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes%202020/2020-017serviciosnecesarios.pdf>

¹⁶ Por el *RD-ley 11/2020, de 31 de marzo*, se añadió «no obstante, en el caso de los contratos de servicios de seguridad y limpieza, sí será posible su suspensión total o parcial, en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo, y a instancia del contratista o de oficio, si como consecuencia de las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para combatir el COVID 19, alguno o algunos de sus edificios o instalaciones públicas quedaran cerrados total o parcialmente deviniendo imposible que el contratista preste la totalidad o parte de los servicios contratados. En el supuesto de suspensión parcial, el contrato quedará parcialmente suspendido en lo que respecta a la prestación de los servicios vinculados a los edificios o instalaciones públicas cerradas total o parcialmente, desde la fecha en que el edificio o instalación pública o parte de los mismos quede cerrada y hasta que la misma se reabra. A estos efectos, el órgano de contratación le notificará al contratista los servicios de seguridad y limpieza que deban mantenerse en cada uno de los edificios. Asimismo, deberá comunicarle, la fecha de reapertura total del edificio o instalación pública o parte de los mismos para que el contratista proceda a restablecer el servicio en los términos pactados».

¹⁷ Ahora bien, solo limita la suspensión en relación con los contratos de servicios y suministros, por lo que respecto de las obras sí opera la suspensión de los contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

Por su parte, en los contratos de servicios y suministros de prestación única o no sucesiva, que no hubieran perdido su finalidad durante la crisis sanitaria, pero que hubieran incurrido en demora en su cumplimiento por el contratista como consecuencia de la COVID-19, correspondía la ampliación del plazo inicial o la prórroga por el tiempo perdido, siempre que el contratista se hubiera comprometido a su realización. En los casos, en los que el contrato público hubiera perdido su finalidad, procedía la extinción del mismo por la desaparición de la causa que lo motivó. En ese caso, el contratista tenía derecho a la liquidación de la prestación realizada.

Finalmente, la consecuencia para los contratos públicos de obras, que no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la crisis de la COVID-19, pero de los que fue imposible continuar con su ejecución, fue la misma que para los contratos de servicios o suministros de prestación sucesiva, es decir, procedía la suspensión del contrato desde el mismo momento en que no pudiera continuarse con su ejecución hasta que esta pudiera ser reanudada. En los casos de imposibilidad, correspondía la indemnización.

En los supuestos de suspensión total o parcial de la ejecución de los contratos públicos, la entidad adjudicataria debía abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista¹⁸. Entre los daños y perjuicios indemnizables se encontraban los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el periodo de suspensión; los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato; los de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al periodo de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acreditaran que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos durante la suspensión del contrato; y los correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hubieran sido suscritas por el contratista y estuvieran vigentes en el momento de la suspensión del contrato. En el caso de suspensión parcial, correspondía abonar los daños y perjuicios correspondientes a la parte del contrato suspendida¹⁹. Por su parte, el art. 208 LCSP, en relación con la suspensión de los contratos administrativos, exige la elaboración de un acta, de oficio o a solicitud del contratista, en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquel.

¹⁸ De hecho, el art. 208 LCSP regula la suspensión de los contratos administrativos, en cuyo caso, exige la elaboración de un acta, de oficio o a solicitud del contratista, en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquel. De tal manera que en los casos en los que se acuerde la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este.

¹⁹ De tal manera que, de conformidad con los arts. 191 y 208 LCSP habrá que solicitar la iniciación del procedimiento con indicación del motivo que determina la suspensión del contrato; posteriormente dar audiencia al contratista, que se efectuará por medios telemáticos y, por último, la extensión de un acta, de oficio o a solicitud del contratista, en la que se consignen las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquel. Ampliamente, vid., MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «Contratación pública y COVID-19. Efectos sobre los expedientes de contratación en tramitación y los contratos en ejecución de las medidas adoptadas con ocasión del Coronavirus», *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2020.

En definitiva, en los casos en los que se acuerde la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este²⁰. Sobre este punto se aprecia, una restricción de los daños que pueden ser objeto de indemnización al contratista previstos en el RD-ley si se comparan con los reconocidos por el art. 208 LCSP, lo que, en expresión de MELÓN PARDO, «no casa adecuadamente con la pretendida finalidad de proteger el empleo que está detrás de esta norma»²¹.

Sin embargo, para que proceda el reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y el resarcimiento de los daños y perjuicios es indispensable que el contratista adjudicatario principal acredite fehacientemente que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato están al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020 y que el contratista principal está al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores en los términos previstos en los arts. 216 y 217 LCSP, a fecha de 14 de marzo de 2020.

Sobre esta cuestión, *el Informe 10/20 (R-341/2020) de la Abogacía del Estado de 7 de abril de 2020*, reconoce que es improcedente el abono a cuenta y durante el periodo de suspensión

²⁰ Textualmente, el art. 208.2 LCSP: «salvo que el pliego que rija el contrato establezca otra cosa, dicho abono solo comprenderá, siempre que en los puntos 1.º a 4.º se acredite fehacientemente su realidad, efectividad e importe, los siguientes conceptos:

- 1.º Gastos por mantenimiento de la garantía definitiva.
- 2.º Indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión.
- 3.º Gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión.
- 4.º Alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido.
- 5.º Suprimido.
- 6.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro suscritas por el contratista previstos en el pliego de cláusulas administrativas vinculados al objeto del contrato.
 - b) Solo se indemnizarán los períodos de suspensión que estuvieran documentados en la correspondiente acta. El contratista podrá pedir que se extienda dicha acta. Si la Administración no responde a esta solicitud se entenderá, salvo prueba en contrario, que se ha iniciado la suspensión en la fecha señalada por el contratista en su solicitud.
 - c) El derecho a reclamar prescribe en un año contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato (sic.)».

²¹ ADELL ALONSO, L.I., *Suspensión generalizada de contratos públicos. ¿Amparo legal o derecho indemnizatorio?* [en línea] [accesible en: 05/06/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/suspension-generalizada-de-contratos-publicos-amparo-legal-o-derecho-indemnizatorio> considera que «estos serán los conceptos indemnizatorios reclamables en los casos de suspensión justificada del contrato, y por el tiempo de duración de la misma. Sin embargo, en los supuestos en que, o bien dicha suspensión no pueda entenderse amparada en una imposibilidad real de ejecución del contrato, exclusivamente como consecuencia del Covid-19 o de las medidas adoptadas por las autoridades para combatirlo, o bien en los supuestos en que la prestación no pueda ya reanudarse, incluso como consecuencia de los efectos –de todo orden– originados por el Covid-19, consideramos que el contratista podría reclamar la indemnización comprensiva de la totalidad de los daños y perjuicios sufridos por la suspensión temporal no justificada o, en su caso, definitiva, al no reanudarse la prestación».

de los contratos a que se refiere el art. 34 RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, de las indemnizaciones previstas en dicha disposición legal²², pues reconoce que:

«La locución “abono a cuenta” que utiliza el precepto transcrito no se refiere al tiempo en que ha de hacerse el abono, sino al concepto o título jurídico que lo justifica. En efecto, no se trata de indemnizar al contratista por un perjuicio sufrido por él, puesto que los salarios abonados por aquél a sus trabajadores que se encuentran en la situación de permiso retribuido recuperable quedarán compensados por la ulterior prestación de su trabajo (dada la naturaleza sinalagmática propia del contrato de trabajo); se trata, distintamente, de un pago que tiene que hacer la Administración contratante y que, excluido del concepto de indemnización por la razón que acaba de indicarse, se computa (descontándolo) en la liquidación que debe hacerse al contratista y que, por expresa determinación legal, es la liquidación final del contrato, determinación esta última que impide entender que este “abono a cuenta” pueda tener lugar durante el período de suspensión del contrato».

Por su parte, el *RD-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19*, modifica el art. 16 *RD-ley 7/2020, de 12 de marzo*, y amplía a todo el sector público la tramitación de emergencia para la contratación de los bienes o servicios que precise la Administración General del Estado para la ejecución de cualquier medida necesaria para hacer frente a la COVID-19. De hecho, el art.16.3 *RD-ley 9/2020, de 27 de marzo*, permite que el libramiento de los fondos necesarios para hacer frente a los gastos que genere la adopción de medidas para la protección de la salud de las personas frente a la COVID-19 se realice a justificar.

Asimismo, el artículo 34 *RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19*, sería modificado por el *RD-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19* que incluye un nuevo apartado a dicho artículo –apartado 7– para determinar que exclusivamente tendrán la consideración de contratos públicos aquellos que queden sometidos a la normativa de contratación pública española y europea.

Además, la disposición adicional octava *RD-ley 11/2020, de 31 de marzo*, deroga parcialmente y de forma implícita la suspensión de los plazos administrativos en el ámbito de la compra pública antes mencionada, no resultando, por tanto, de aplicación a aquellos procedimientos de contratación cuya continuidad hubiera sido acordada por las entidades del sector público. Además, recuérdese que el citado *RD-ley* modifica la disposición final octava

²² En relación con los informes de la Abogacía del Estado en tal sentido, Carlos MELÓN PARDO, «El Impacto del Covid-19 sobre la contratación pública: primeras notas», *op. cit.*, p. 700, considera que «con todo el respeto que merece el Servicio Jurídico del Estado, no deja de llamarme la atención que se adopten como dogmas de fe los criterios contenidos en unos informes que ni siquiera son vinculantes para el órgano que los solicita, conforme a lo previsto en el artículo 22 del Real Decreto 997/2003».

del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, para incluir dentro del título competencial el 149.1. 18º CE, que dada la celeridad en su tramitación había sido objeto de patentes descuidos.

A continuación, se aprobaba *el RD-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19*, cuyas disposiciones adicionales cuarta y quinta inciden en la compra pública. De hecho, permite dar continuidad a todas aquellas actividades que no estuvieran incluidas en el anexo del citado RD-ley siempre que hubieran sido objeto de contratación a través del procedimiento previsto en el art. 120 LCSP, es decir, a través de la tramitación de emergencia. Además, excluía del derecho al permiso retribuido recuperable a todas las empresas adjudicatarias de contratos de obras, servicios y suministros del sector público que fueran indispensables para el mantenimiento y seguridad de los edificios y la adecuada prestación de los servicios públicos, incluida la prestación de estos de forma no presencial.

Por otra parte, el *Informe de 7 de abril de 2020, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado* declaró que todas las situaciones que pudieran ser tramitadas por el procedimiento previsto en el art. 120 LCSP están exceptuadas de la posibilidad de interponer recurso especial contra ellas, entre otras, aquellos procedimientos administrativos referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma o todas las licitaciones que se refieran a prestaciones dirigidas a la lucha contra la COVID-19²³.

Pero no fueron las únicas modificaciones en materia de compra pública. Así, el *RD-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo*, modificó el artículo 159.4.d LCSP, relativo al procedimiento simplificado²⁴ e introdujo un nuevo apartado 3º a la Disposición adicional octava del RD-ley 11/2020, de 31 de marzo, en relación con los procedimientos de los contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

Asimismo, *el RD-Ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda*, permite en su art. 24 a los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general de titularidad de la Administración General del Estado ser reequilibrados económicamente por la situación de hecho creada por la COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado para combatirlo. Para determinar el reequilibrio se tendrá en cuenta la reducción de ingresos por la disminución de la demanda de viajeros, así como el incremento de los costes por la desinfección de los vehículos durante la vigencia del estado de alarma. Mientras, el art. 25.4 RD-Ley 26/2020, de 7 de julio, determina que el reequilibrio respecto de los contratos de concesiones consistirá en una ampliación del plazo de duración de la concesión, para lo cual se considerará un crecimiento anual acumulativo de los ingresos del 2%, con respecto a los de 2019.

²³ <https://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2020/04/JCCPEst.-Inf-2020-015recursoCOVIDPUB.pdf>

²⁴ Que sería nuevamente modificado por la Disposición final 3 RD-Ley 16/2020 de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

Finalmente, el *RD-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, introduce una serie de medidas en el ámbito de la contratación administrativa a fin de frenar el impacto económico y social de la COVID-19. En este sentido, impone el régimen excepcional de la tramitación urgente a todos los contratos financiados con los fondos percibidos por España en el marco del plan de recuperación²⁵. Además, promueve que en la elaboración de los pliegos de cláusulas técnicas y administrativas se incorporen todos los criterios verdes, digitales, de innovación, de potenciación de las PYME y de responsabilidad social que se consideren necesarios, con el fin de facilitar su tramitación por los órganos gestores.

Con todo, la inseguridad jurídica en la ejecución de muchos contratos públicos durante la pandemia de la COVID-19 ha sido notoria. En parte, por la absoluta oleada de decretos leyes aprobados desde el comienzo de la crisis sanitaria, en algunos casos, con palmarias deficiencias y, en otros, por la falta de concreción de dichas previsiones normativas²⁶. De hecho, FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ reconoce que se ha hecho un mal uso de los procedimientos de emergencia en la contratación pública lo que supuso un desabastecimiento de material sanitario en la primera ola, despilfarro de recursos y operaciones de compra fallidas²⁷.

²⁵ De tal manera que «estos contratos gozarán de preferencia para su despacho por los distintos órganos que intervengan en la tramitación sobre cualquier otro contrato; los plazos para emitir los respectivos informes o cumplimentar los trámites correspondientes quedarán reducidos a cinco días naturales, sin que quepa prórroga alguna de este plazo; los plazos fijados para la tramitación del procedimiento abierto podrán reducirse hasta la mitad por exceso, salvo el plazo de presentación de proposiciones, que los órganos de contratación podrán reducir hasta un mínimo de quince días naturales contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación; se mantendrán sin cambios los plazos establecidos respecto a la tramitación del procedimiento abierto simplificado ordinario, excepto el plazo de presentación de proposiciones que será de un máximo de quince días naturales en todos los casos; en los supuestos en que se contemplen criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, la valoración de las proposiciones se hará por los servicios técnicos del órgano de contratación en un plazo no superior a cuatro días naturales, debiendo ser suscritas por el técnico o técnicos que realicen la valoración». Ampliamente, vid., MORENO MOLINA, J.A., *Las insuficientes medidas de simplificación y agilización de la contratación pública recogidas en el Real Decreto Ley 36/2020* [en línea] [fecha de consulta: 23/01/2021] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/las-insuficientes-medidas-de-simplificacion-y-agilizacion-de-la-contratacion-publica>

²⁶ En expresión de MELÓN PARDO, C., «El Impacto del Covid-19 sobre la contratación pública: primeras notas», *op. cit.*, p. 698., «los poderes públicos han comenzado a dar una respuesta legislativa y aplicativa a la situación, si bien, personalmente tengo dudas de si el remedio no ha sido peor que la enfermedad -nunca mejor dicho-, dada la inseguridad jurídica que provocan las medidas adoptadas, que a estas alturas no sabemos con certeza ni a qué contratos se aplican, ni cómo van a aplicarse, y que además en algunos casos son de constitucionalidad cuando menos dudosa, sobre todo aquéllas normas autonómicas que no respetan el marco establecido por la legislación estatal básica».

²⁷ En concreto, FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «El Estado de Alarma en España por la epidemia del coronavirus y sus problemas», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 33, 2020, pp. 45 y ss., pone como ejemplo que, «el Gobierno ha acabado por reconocer que había pagado 60 millones de euros en comisiones a intermediarios en los contratos de compras derivados de la epidemia; cuya legalidad es más que dudosa, ya que, de acuerdo con la ley de Contratos del Sector Público de 2017 debía de haber licitado los correspondientes contratos de servicios, y,

En este sentido, MELÓN PARDO considera que la aplicación de la tramitación de emergencia «ha sido aprovechada en muchos casos para efectuar contrataciones digitales (es decir, a dedo) con empresas carentes de los mínimos requisitos de capacidad y de solvencia, incurriendo en sobrecostes significativos, y además estos contratos se han ocultado en buena medida mediante el incumplimiento de las obligaciones de publicidad»²⁸. Pese a la centralización de las compras públicas de material sanitario, mascarillas y test rápidos por el Estado, también las CCAA ante el desabastecimiento generalizado acudieron a la compra de equipamientos, lo que generó desigualdades en la atención sanitaria que se prestaba a los ciudadanos en las distintas partes del territorio. Todo ello, sin olvidar el principio de solidaridad reconocido en nuestra Carta Magna.

III. REFERENCIAS NORMATIVAS A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

En el ámbito de la compra pública electrónica, el *RD-Ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019*, acordó en su disposición adicional octava el levantamiento de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de compra pública cuando su tramitación fuera electrónica, permitiendo la continuidad de los contratos suspendidos y el inicio de nuevos procedimientos cuya tramitación se llevara a cabo también por medios electrónicos».

Lo cierto es que desde la entrada en vigor de la LCSP el 9 de marzo de 2018 la contratación pública electrónica no solo es una realidad práctica, sino que se ha convertido en la regla general, lo que no casa con la previsión antedicha por cuanto cataloga los supuestos en los que se ha optado por la tramitación electrónica como una opción y no realmente como una obligación legal.

De esta manera, LÓPEZ MARTÍNEZ considera que «el legislador trata a las licitaciones por “medios electrónicos” como si fueran una excepción o *rara avis* cuando constituyen la regla general obligatoria. Así pues, y aunque sin trascendentes efectos, creo que hubiera sido más adecuado levantar la suspensión de las licitaciones en general, “salvo las que no pudieran tramitarse electrónicamente”»²⁹.

La razón por la que se acuerda el levantamiento de la suspensión respecto de los contratos públicos cuya tramitación fuera electrónica se recoge en la exposición de motivos al señalar que:

abonar, en su caso, tales cantidades a las empresas adjudicatarias de tales contratos (ver el enlace: https://www.abc.es/espana/abci-comisiones-contratos-covid-fueron-60-millones-202009200149_noticia.html)».

²⁸ MELÓN PARDO, C., «El Impacto del Covid-19 sobre la contratación pública: primeras notas», *op. cit.*, p. 705.

²⁹ LÓPEZ MARTÍNEZ, J., *Desde el 7 de mayo se reanudan/inician las licitaciones públicas...electrónicas* [en línea] [fecha de consulta: 24/01/2021] accesible en: <https://blog.sepin.es/2020/05/reanudacion-licitaciones-publicas-electronicas/>

«En los procedimientos de contratación existen un buen número de garantías procedimentales que tienen por finalidad asegurar el respeto a los principios más esenciales que protegen a los interesados, principios que deben aplicarse de manera armónica y coordinada con las necesidades de interés público antes mencionadas. Por esta razón, si bien en su momento parecía lógico que en la fase inicial del estado de alarma se adoptasen medidas más intensas con el fin de evitar el perjuicio de los derechos de los administrados ante las medidas limitativas necesariamente impuestas para luchar contra el COVID-19, en el momento actual, en que se ha iniciado una mejora de la situación y una progresiva relajación de las medidas acordadas, parece lógico alzar la suspensión general impuesta a las licitaciones públicas en todos aquellos supuestos en que no pueda existir merma alguna para los derechos de los licitadores. Tal circunstancia es plenamente concurrente en los casos en que la selección del contratista se verifica mediante la tramitación electrónica de los procedimientos de contratación, la cual permite y garantiza la presentación electrónica de la documentación requerida y el acceso igualmente electrónico a los diferentes trámites de procedimiento. Esta previsión, recogida en la disposición adicional octava, permitirá también el inicio de nuevos procedimientos de contratación que reúnan estos requisitos, extendiéndose además a los recursos especiales que procedan»³⁰.

IV. LA COMPRA CENTRALIZADA PARA LA ADQUISICIÓN DE MATERIAL SANITARIO

Se ha recurrido a la compra centralizada para la adquisición de material sanitario, aunque como señala GALLEGO CÓRCOLES «la propia complejidad del instrumento y las condiciones del mercado han supuesto que el aprovisionamiento no haya sido excesivamente ágil, como la propia Comisión Europea ha reconocido, subrayando que este instrumento no se diseñó como herramienta para ser utilizada durante una situación de emergencia. De ahí que resulte esencial la preparación frente a situaciones de crisis y que los esfuerzos se realicen ahora en el ámbito de la detección de las necesidades y de la planificación de las siguientes compras»³¹.

No obstante, no se ha recurrido a la compra centralizada para la adquisición de las vacunas como *a priori* se estableció, sino que de conformidad con el *Acuerdo entre la Comisión Europea y los Estados miembros sobre vacunas contra la COVID-19, hecho en Madrid el 20 de julio de 2020*³², se ha empleado la adquisición anticipada con fabricantes de vacunas más destacadas a través de la financiación inicial de la Unión para minimizar el riesgo asociado a las inversiones esenciales, aumentar la velocidad y escala de la producción de vacunas eficaces y maximizar las posibilidades de tener acceso, al menos, a una vacuna satisfactoria.

³⁰ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4832

³¹ GALLEGO CÓRCOLES, I., *Las adquisiciones conjuntas de productos médicos en la estrategia europea de lucha contra el Covid-19* [en línea] [fecha de consulta: 21/12/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/las-adquisiciones-conjuntas-de-productos-medicos-en-la-estrategia-europea-de-lucha-contra>

³² https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-9132

En este sentido, la Comisión ha celebrado diferentes acuerdos con productores individuales de vacunas en nombre de los Estados miembros a través de la compra anticipada, que es una forma de proporcionar prefinanciación a los productores de vacunas para acelerar el desarrollo y la fabricación de vacunas experimentales y así garantizar que los Estados puedan tener acceso a dichas vacunas en las mejores condiciones³³.

De hecho, la Comisión Europea informa en su Comunicación titulada *Preparación para las estrategias de vacunación y el despliegue de las vacunas contra la COVID-19 de 15 de octubre de 2020* que el 14 de agosto, la Comisión alcanzó un primer acuerdo con la empresa farmacéutica AstraZeneca para comprar 300 millones de dosis de una posible vacuna contra la COVID-19; el 18 de septiembre firmó un segundo contrato con Sanofi-GSK que permitiera a los Estados miembros comprar hasta 300 millones de dosis de la vacuna de Sanofi-GSK; y el 8 de octubre, la Comisión celebró un acuerdo de compra anticipada con Pharmaceutica NV, una de las empresas farmacéuticas Janssen de Johnson & Johnson, para que los Estados miembros adquieran vacunas para 200 millones de personas³⁴.

V. EL FUTURO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU EXTENSIÓN A LOS CONTRATOS PÚBLICOS³⁵

No todo han sido desventajas. Recordando a Albert Einstein *“la crisis es la mejor bendición que puede sucederle a personas y países, porque la crisis trae progresos”* y, en este sentido, la COVID-19 ha constituido el empuje definitivo de la contratación pública electrónica que ya resultaba obligatoria desde el 9 de marzo de 2018 tras la entrada en vigor de la LCSP. Lo mismo ha ocurrido con la implantación de la Administración electrónica, pues, el teletrabajo ha constituido la medida más adecuada para la prestación de los servicios públicos ante el cierre de las oficinas presenciales durante el estado de alarma.

En este sentido, la apuesta por la digitalización administrativa da un paso adelante con la introducción de soluciones de inteligencia artificial al servicio de los procedimientos de contratación pública que, sin duda, alcanzarán un papel trascendental. Sin embargo, en tanto la inteligencia artificial no abandone su fase inicial y comiencen a materializarse los primeros resultados prácticos³⁶, la inteligencia artificial servirá, por el momento, para la realización de

³³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2020:680:FIN>

³⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2020:680:FIN>

³⁵ Con detalle, sobre estas reflexiones puede leerse mi aportación GARCÍA MARTÍN, L., «Inteligencia artificial, compra pública e innovación administrativa», en D. TERRÓN SANCHEZ y J.L. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ: *Inteligencia artificial y defensa. Nuevos horizontes* Aranzadi, 2021, pp. 272-282.

³⁶ *CincoDías El País Economía* publicaba el pasado 7 de enero de 2021 la noticia “Navarra tira de la inteligencia artificial para controlar el gasto en contratos públicos” a través de la cual se empiezan a vislumbrar los primeros ejemplos prácticos de soluciones de inteligencia artificial aplicados en el ámbito de la compra pública. De hecho, Juan Barberán, responsable del departamento de compras de la Corporación Pública Empresarial de Navarra reconoció los problemas en las compras públicas y su ineficacia. En el marco del Plan estratégico de la Corporación y tras dos años de puesta a punto se pretende su aplicación a la sociedad Nasuvinsa, de gestión de la vivienda y el urbanismo en Navarra a fin de que «todos los datos obtenidos, que permiten identificar el contrato, el método por el que se ha concedido, cuantas empresas han optado o el tamaño de la adjudicataria, se someten a

todas aquellas tareas mecánicas que resulten más adecuadas delegar en una solución algorítmica por no aportar verdadero valor añadido, como las tareas de comprobación de la documentación previa, en definitiva, lo que se conoce como las *soft skills*.

Es más difícil, en cambio, establecer el mismo razonamiento respecto de la adjudicación de un contrato público a través de una solución de inteligencia artificial, pues, en todo caso, complementa la actuación del funcionario, pero en ningún caso, le suplente o le sustituye. Sin embargo, para los casos en los que se logre determinar a través de una solución algorítmica la adjudicación de un contrato, debería comprobarse que esa solución no tiene sesgos y que es la más acorde con el respeto de los derechos de los ciudadanos. En este sentido, de acuerdo con FUERTES LÓPEZ «la extensión de la tecnología y la digitalización en muchos ámbitos y relaciones traerá ventajas sociales, pero todas han de pasar por el adecuado tamiz de que respetan las bases de nuestro sistema de derechos y libertades»³⁷.

De hecho, corresponderá al funcionario determinar que esa propuesta de decisión alcanzada a través de una solución de inteligencia artificial es la más adecuada. De esta manera, se consigue una mayor eficacia y eficiencia administrativa, toda vez que se agilizan los procedimientos iniciales de comprobación y revisión previa, trasladando a los funcionarios a otros puestos donde aporten verdaderamente un valor añadido. Además, se reducen los tiempos empleados para la gestión de los procedimientos de contratación pública y se logra objetivar, aún más, la tramitación de estos procedimientos.

Las dificultades de la implantación de soluciones de inteligencia artificial en los procedimientos de compra pública pivotan en torno a la existencia de posibles sesgos en la solución algorítmica, en los datos que se manejan o en el diseño del propio algoritmo lo que desemboca en la adopción de soluciones sesgadas y discriminatorias³⁸. A ello se suma, la fuerte inversión necesaria para la puesta en práctica de soluciones de inteligencia artificial. Por último, como paso previo es necesario, sin duda, lograr la digitalización administrativa, en relación con el empleo de medios electrónicos por las Administraciones públicas tanto en su propia gestión interna –*ad intra*– como en sus relaciones *ad extra* con los administrados.

una herramienta de inteligencia artificial que arroja informes en el que se puede analizar la actividad de la sociedad y establecer si se está cumpliendo con los objetivos de eficiencia, concurrencia y transparencia en la contratación pública». De hecho, en palabras de Juan Barberán se comprueba, entre otras, «cuanto tiempo medio se tarda en cerrar un expediente público, si se han producido desviaciones en los contratos». Además, logra trasladar a los ciudadanos «una información clara y precisa, en la que se pueden ver las adjudicaciones por trimestre actualizadas y al mismo tiempo una estadística global de las compras...», así como conocer «en qué porcentaje de los contratos adjudicados se han ponderado los criterios económicos y los ligados a la calidad...». Con detalle, GARCÍA MARTÍN, L., «Inteligencia artificial, compra pública e innovación administrativa», *op. cit.*, p. 276.

³⁷ FUERTES LÓPEZ, M., «Soberanía digital europea», *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 90-91, 2020-2021, p. 71.

³⁸ CERRILLO I MARTÍNEZ A., «El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019, *op. cit.*, reconoce que «los algoritmos son tan precisos como lo sean los datos que manejan y con frecuencia los datos no son de calidad, contienen errores o son imperfectos».

VI. CONCLUSIONES

La excesiva normativa sobre contratación pública aprobada durante toda la crisis sanitaria, su limitado grado de concreción y sus aparentes contradicciones con la normativa básica y/o autonómica han hecho especialmente compleja la continuidad de la actividad contractual.

De hecho, muchos contratos públicos no relacionados con actividades esenciales para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 no pudieron continuar con su ejecución, siendo suspendidos, total o parcialmente, sin determinar a ciencia cierta cuando volverían a reanudarse. Otros incluso, perdieron su finalidad legítima.

A ello se han sumado los despistes del legislador en la regulación de las normas aprobadas. Por mencionar un caso en concreto, el RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, olvidó incluir en su título competencial la referencia del 149.1. 18º CE sembrando la duda sobre su carácter básico.

También llama poderosamente la atención que se haya incluido un régimen más limitativo de la indemnización por daños al contratista que el previsto por la propia LCSP, lo que no casa con el espíritu de la normativa aprobada toda vez que estamos ante una paralización que no es causada por el contratista y que, por tanto, no tiene obligación jurídica de soportar.

En definitiva, despistes o incongruencias que han sembrado de inseguridad jurídica la regulación de la compra pública, generando serios problemas en torno al excesivo y, en algunos casos, mal aplicado, procedimiento de emergencia del art. 120 LCSP para la adquisición de material sanitario sin respetar las garantías y principios previstos en la norma en relación con los requisitos de publicidad, cuando dicho procedimiento excepcional solo exonera al órgano de contratación de la obligación de tramitar expediente de contratación.

Con todo, a la celeridad e incertidumbre, se suma la falta de transparencia con la que se ha gestionado la adquisición de muchas compras públicas por la vía de la emergencia, desluciendo aún más si cabe una labor esencial en plena crisis sanitaria como ha sido la compra pública para la adquisición de material sanitario y es ahora, en plena tercera ola de la pandemia, para la adquisición de vacunas que hagan frente a la COVID-19.

BIBLIOGRAFÍA

- Adell Alonso, L.I.: *Suspensión generalizada de contratos públicos. ¿Amparo legal o derecho indemnizatorio?* [en línea] [accesible en: 05/06/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/suspension-generalizada-de-contratos-publicos-amparo-legal-o-derecho-indemnizatorio>
- Bernal Blay, M.A.: *La contratación pública durante el estado de alarma: reflexiones sobre el funcionamiento del “ecosistema” organizativo* [en línea] [fecha de consulta: 21/01/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/la-contratacion-publica-durante-el-estado-de-alarma-reflexiones-sobre-el-funcionamiento>
- Cerrillo i Martínez, A.: “El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019.

- Fernández de Gatta Sánchez, D.: “El Estado de Alarma en España por la epidemia del coronavirus y sus problemas”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 33, 2020, pp. 1-55.
- Fuertes López, M.: “Soberanía digital europea”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 90-91, 2020-2021, pp. 56-71.
- Gallego Córcoles, I.: *Las adquisiciones conjuntas de productos médicos en la estrategia europea de lucha contra el Covid-19* [en línea] [fecha de consulta: 21/12/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/las-adquisiciones-conjuntas-de-productos-medicos-en-la-estrategia-europea-de-lucha-contra>
- Gamero Casado, E.: *Transparencia y contratación de emergencia ante el Covid-19*, [en línea] [fecha de consulta: 22/12/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/transparencia-y-contratacion-de-emergencia-ante-el-covid-19>
- García Martín, L.: “Inteligencia artificial, compra pública e innovación administrativa”, en D. Terrón Sánchez y J.L. Domínguez Álvarez.: *Inteligencia artificial y defensa. Nuevos horizontes* Aranzadi, 2021, pp. 272-282.
- González García, J.V.: “COVID-19 y contratación pública: tramitación de emergencia en práctica y otras cuestiones”, en: AA. VV., *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 306.
- López Martínez, J.: *Desde el 7 de mayo se reanudan/inician las licitaciones públicas...electrónicas* [en línea] [fecha de consulta: 24/01/2021] accesible en: <https://blog.sepin.es/2020/05/reanudacion-licitaciones-publicas-electronicas/>
- Martínez Fernández, J.M.: “Contratación pública y COVID-19. Efectos sobre los expedientes de contratación en tramitación y los contratos en ejecución de las medidas adoptadas con ocasión del Coronavirus”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2020.
- Melón Pardo, C.: “El Impacto del Covid-19 sobre la contratación pública: primeras notas”, en: M.A. Recuerda Girela, *Anuario de Derecho Administrativo 2020*, p. 703.
- Miranzo Díaz, J.: *Reflexiones sobre la transparencia y la integridad en contrataciones relacionadas con el Covid-19* [en línea] [fecha de consulta: 21/12/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/reflexiones-sobre-la-transparencia-y-la-integridad-en-contrataciones-relacionadas-con-el>
- Moreno Molina, J.A.: *Las insuficientes medidas de simplificación y agilización de la contratación pública recogidas en el Real Decreto Ley 36/2020* [en línea] [fecha de consulta: 23/01/2021] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/las-insuficientes-medidas-de-simplificacion-y-agilizacion-de-la-contratacion-publica>

Título VI del Poder Judicial

El Poder Judicial en el marco del principio de unidad y del Estado de las Autonomías

Piedad González Granda

Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de León. pgong@unileon.es

Recibido
29 enero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Poder Judicial;
Principio de unidad
jurisdiccional;
Administración de
Justicia; Estado de las
Autonomías.

KEYWORDS

Judicial Power;
Principle of
jurisdictional unity;
Administration of
Justice; State of the
Autonomies.

Resumen

La tradición del Poder Judicial está anclada en una estructura organizativa estatal unitaria, que la Constitución española (CE) modifica a través de un sistema de gran complejidad jurídica que supone la plasmación de la integración de un Poder Judicial unitario en el modelo de un Estado Autonomático o de las Autonomías. La coordinación entre los Títulos VI y VIII no ha estado exenta de problemas en ningún momento. El objeto del presente trabajo constituye un breve análisis del entramado constitucional del Poder Judicial y la pertinente clarificación en torno al principio de Unidad jurisdiccional, que –contrariamente a lo que a veces venos reflejado en artículos de opinión– no guarda relación directa con el diseño del Estado de las Autonomías, siendo otra la problemática de interés que suscita el modelo territorial autonomático: la debida interpretación de las limitaciones constitucionales afectantes al concepto de *Administración de Justicia*.

The Judiciary within the framework of the principle of unity and the State of Autonomy

Abstract

The tradition of the Judicial Power is anchored in a unitary state organizational structure, which the Spanish Constitution (CE) modifies through a system of great legal complexity that implies the embodiment of the integration of a unitary Judicial Power in the model of an Autonomous State or of the Autonomies. Coordination between Titles VI and VIII has never been without its problems. The object of this paper is a brief analysis of the constitutional framework of the Judiciary and the pertinent clarification regarding the principle of jurisdictional unity, which –contrary to what we sometimes see reflected in opinion articles– is not directly related to the design of the State of the Autonomies, being another the problem of interest that the regional territorial model raises: the proper interpretation of the constitutional limitations affecting the concept of Administration of Justice.

I. El Poder Judicial es único por decisión constitucional: 1. El Poder Judicial es un verdadero poder del Estado; 2. El principio de unidad diseñado en la Constitución Española se opone a la noción de jurisdicción especial y nada tiene que ver con el diseño del Estado de las Autonomías – II. La integración de los Tribunales Superiores de Justicia en el principio de unidad del Poder Judicial se realiza por mandato constitucional en su articulación orgánica y funcional: 1. Los Tribunales Superiores de Justicia no son manifestación de jurisdicción especial sino ordinaria; 2. ¿Cuál es el marco constitucional al respecto? – III. ¿Dónde está entonces el problema?: 1. La debida interpretación de las limitaciones constitucionales establecidas para la integración de la justicia en el ámbito autonómico: en particular el alcance del principio de reserva de exclusividad del art. 149.1.5º CE; 2. El paradigma del problema: sobre el modelo de justicia del Estatuto de Cataluña y sus consecuencias hasta hoy – Bibliografía

I. EL PODER JUDICIAL ES ÚNICO POR DECISIÓN CONSTITUCIONAL

El planteamiento tradicional de la Jurisdicción presenta a esta como una de las funciones del Estado, distinta de las demás y específica por su contenido, que deriva de la célebre distinción de Montesquieu y que trata de establecer un criterio distintivo entre dichas funciones del Estado.

Es igualmente cierto que la Jurisdicción ha sido objeto de estudio fundamentalmente por parte de los tratadistas de Derecho Político y Derecho Constitucional en su consideración de Poder del Estado, mientras que por lo general la doctrina procesalista, aun partiendo de la misma base –innegable– de vinculación entre Jurisdicción y soberanía del Estado, ha enfocado su estudio desde el punto de vista de la función ejercitada en el proceso¹.

La constitucionalización del Poder Judicial en nuestra Constitución del año 1978 (en adelante CE) requiere una serie de puntualizaciones, a pesar del tiempo transcurrido, tal como se expone seguidamente.

1. El Poder Judicial es un verdadero poder del Estado

Al Poder Judicial dedican una parte de sus preceptos las Constituciones de los actuales Estados. Y en sentido análogo, la CE de 1978 dedica una parte de sus preceptos al Poder Judicial, rompiendo por cierto con la tradición inmediata y enlazando con las de 1837 y 1869, por cuanto vuelve a la denominación de *Poder Judicial*, terminología que ni siquiera aparece

¹ Ya como potestad jurisdiccional, atribuida a los órganos que integran el Poder Judicial; ya más concretamente como el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de un concreto órgano jurisdiccional en un proceso determinado, que se resuelve necesariamente en la afirmación de la competencia, constituyendo el paso del Poder Judicial en abstracto al ejercicio de la función jurisdiccional en un proceso concreto, *según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establecen*. (art. 117.3 CE). Desde este punto de vista, interesa siempre a la doctrina procesalista el estudio de la Jurisdicción, fundamentalmente en su consideración de “presupuesto” del proceso y el primero de todos, tal y como ha sido elaborado este concepto principalmente por la doctrina del Tribunal Constitucional.

en la CE de la Segunda República, que encabezaba su Título VII con la expresión de más cortos vuelos *Administración de Justicia*².

La afirmación de que el Poder Judicial es un verdadero Poder del Estado pudiera parecer una obviedad, mas no lo es en modo alguno. Para entenderlo bien hay que situarse en el contexto histórico. Porque la mayor preocupación respecto al Poder Judicial en aquel momento fue la plasmación en el texto constitucional de la existencia de un verdadero Poder Judicial, sin que esta afirmación constituyera una mera proclamación hueca y retórica³.

De modo que no es precisamente fruto de la improvisación el hecho de que el Poder Judicial sea el único de los tres clásicos Poderes del Estado que aparece en la CE enunciado como tal: el Título VI “Del Poder Judicial” (arts. 117-127). En tanto que respecto del Poder Legislativo el Título III dice “De las Cortes Generales” y respecto del Poder Ejecutivo simplemente “Del Gobierno y de la Administración”. No solo no fue fruto de la improvisación sino por el contrario de una muy la profunda preocupación del legislador constituyente por subrayar la separación *real* –y no meramente nominal– del Poder Judicial respecto de los demás Poderes del Estado y muy en particular del Poder Ejecutivo⁴.

Quiso así el legislador constituyente reforzar el papel del Poder Judicial, de modo que quedase claro que no es lo mismo la existencia de un verdadero Poder del Estado que una simple separación de funciones, que es lo que existía en aquel momento⁵.

² El Estatuto de Bayona de 1808 (primera Constitución que se intentó dar a la nación española) no se refiere al Poder Judicial sino al *Orden Judicial*. Por su parte la Constitución de 1812 habla de *Tribunales y de Administración de Justicia* (el epígrafe del Título V reza así: “De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo civil y en lo criminal) y no de Poder Judicial, ello a pesar de que las Cortes Generales y Extraordinaria de 1810 hacían referencia en sus dos primeros Decretos a los “Poderes legislativo, ejecutivo y judicial”. La Constitución de 1837 sí acepta la denominación de *Poder Judicial*, suprimida en la posterior de 1845, convirtiéndola en “Administración de Justicia”. Por su parte, la Constitución de 1869 encabeza el Título VII con el epígrafe “Del Poder Judicial”, donde establece algunos *principios capitales de la organización judicial*, bajo los cuales se redactó la Ley Orgánica Provisional del Poder Judicial de 1870. La Constitución de 1876 vuelve a expresar “Administración de Justicia”. Puede consultarse FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Las Constituciones históricas españolas (un análisis histórico-jurídico)*, ed. Civitas, 1986. También ALZAGA VILLAMIL, O., “El Poder Judicial en las Constituciones españolas”, en *XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, 2003, pp. 55 y ss.

³ Entre otros, ALMAGRO NOSETE, J., “Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución”, en *Lecturas sobre la Constitución española*, I, 1978. TOMÁS Y VALIENTE, F., “Poder Judicial y Tribunal Constitucional”, en *Poder Judicial*, N° XI especial, pp. 13 y ss.

⁴ La mayoría de la doctrina vino a entender, efectivamente, que cuando el constituyente de 1978 dedicó el Título VI al Poder Judicial y no a la Administración de Justicia, realizó una elección tan consciente como significativa. Así, entre otros, TOMÁS Y VALIENTE, F., “Poder Judicial y Tribunal Constitucional”, op. et loc. cit. en nota precedente. Es oportuno señalar, además, la acentuación del rasgo esencialmente jurídico del Poder Judicial, frente al más marcadamente político de los otros dos Poderes, aspecto este que fue bien destacado por HAURIUO, M., *Principios de Derecho Público y Constitucional*, trad. Ruiz del Castillo, C., ed. Comares, 2003.

⁵ Vid. Al respecto, entre otros, PEDRAZ PENALVA, E., “Reflexiones sobre el Poder Judicial y el Proyecto de Ley Orgánica”, *Documentación Jurídica*, N° 42-44, pp. 569 y ss.

Siendo un hecho indiscutible la importancia de tal denominación –Poder Judicial–, por cuanto supone el reconocimiento de la trascendental función que la Jurisdicción ejerce en el desarrollo del Estado democrático y social de Derecho, también trajo consigo el replanteamiento de la clásica problemática respecto a la adecuación entre el término y la realidad, porque una cosa son las declaraciones programáticas y otra el mundo de las tangibles realidades; en otras palabras, porque sin duda es cierto que –como se ha dicho precisamente en relación con este punto– *el nombre no tiene por sí solo virtud de hacer a la cosa*⁶, bastando un breve análisis histórico para confirmar que el término empleado en los textos fundamentales no siempre fue sentido como garantía suficiente de la existencia de un auténtico Poder Judicial, como tampoco lo fue el de la proclamación de la completa independencia de la Justicia⁷. En este punto, el acuerdo doctrinal fue unánime desde el primer momento en cuanto a que la utilización del término Poder Judicial supone, por un lado, que con tal expresión se resalta la autonomía e independencia (institucional) de la Jurisdicción como Poder y no solo como función; y por otro, supone también el reconocimiento explícito de la trascendental función⁸ que la Jurisdicción ejerce en el desarrollo del Estado democrático y social de Derecho.

Era ya una certeza incontestable para los padres de la CE que solo puede existir un verdadero Poder Judicial cuando esté dotado de auténtica “independencia institucional”⁹, que sería, dentro de este discurso, su forma específica de ser soberano y esta sería a su vez el

⁶ Si bien es verdad que no cabe duda de que *la reiteración y el mantenimiento de esta denominación (Poder Judicial) mantendría más viva una constante de enderezamiento hacia su efectividad en todo el cúmulo de disposiciones en que se traduce la reglamentación estructural de la Justicia* (ALARCÓN RUIZ-JIMÉNEZ, A., “El Poder Judicial y el régimen jurídico-administrativo de los funcionarios”, en *Cuadernos para el diálogo*, XVII extraordinario Dic. 1969, ‘Justicia y Política’, p. 33).

⁷ Solo hace falta referirse al pasado próximo, régimen surgido del golpe militar del 18 de julio de 1936: el art. 29 de la Ley Orgánica del Estado, núm. 1/1967, de 10 de enero, abundaba precisamente en esta consideración, sin perderse de vista además la vigencia de la LOPJ redactada a la luz de la Constitución de 1869 y referida expresamente al Poder Judicial. Literalmente decía el art. 29 de la Ley de 1967 que *La Justicia gozará de completa independencia. Será administrada en nombre del Jefe del Estado, de acuerdo con las leyes, por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles y responsables con arreglo a la Ley.*

⁸ En expresión de ROMANÍ CALDERÓN, J., quien –en el año 1927– expresaba que *en España, como en la mayor parte de los países continentales, no hay cuestión: existe Administración de Justicia (...) y no Poder Judicial*, en “Función Judicial o Poder Judicial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nov. 1927, p. 823. En ese mismo contexto histórico, DRANGUET, A., *Responsabilidad e independencia del Poder Judicial*, ed. Justicia, S.A., Madrid, 1930, p. 206, señalando la distinción entre Poder y Función, que *es fundamental, pues si es Poder, su esfera de acción, la misión de los que la forman, su relación con los otros Poderes será muy otra que si se limita a actuar como Función. Es la distinción que existe entre el hecho y el derecho (...)*.

Lo cierto es que de siempre ha sido sentida la necesidad del reconocimiento de un Poder Judicial auténtico, no meramente nominativo. *Vid.* en nuestro reciente pasado histórico, entre otros, CONDE-PUMPIDO, C., “Justicia-Poder” en *Revista de Derecho Judicial*, oct.-dic. 1960, p. 138; DE LA VEGA BENAYAS, C., “Moral, estilo y función judicial”, en *Revista de Derecho Judicial*, enero-marzo, 1961, p. 149.

⁹ Un desarrollo amplio de las diversas vertientes de la independencia judicial es realizado en la obra de GONZÁLEZ GRANDA, P., *Independencia del Juez y control de su actividad*, ed. Tirant lo Blanch, 1993, especialmente pp. 14. y ss.

presupuesto de la necesaria posición de los Jueces en condiciones de ejercer su cometido de forma imparcial, que es lo que al final trata de garantizarse.

Mucho se escribió entonces –en los albores de la CE y ya antes– respecto de cómo se puede entender garantizada en términos aceptables esta vertiente –Institucional– de la independencia de la Jurisdicción, de forma que quepa hablar con propiedad de un Poder del Estado independiente. La síntesis de dicho desarrollo puede plasmarse en la afirmación de la existencia de diversos planos, tal como se expone a continuación.

Una de las garantías fundamentales es el principio de reserva de Ley Orgánica, contenido en el art. 122.1 CE, de modo que el estatuto de los Jueces no pueda estar sometido a la potestad reglamentaria del Gobierno sino a la Ley, y no a cualquier Ley, sino a Ley de carácter orgánico, y tampoco a cualquier Ley Orgánica sino solo a la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Recordamos que el principio de reserva legal dispuesto en el art. 122.1 CE fue desarrollado por una importante STC del año 1986 (108/1986, de 29 de julio), que incidió justo en este punto, destacando además que *los Jueces no pueden quedar sometidos a nomas de rango inferior a la Ley, y muy especialmente a los Reglamentos que pueda dictar el Gobierno. Y ello –muy importante poner de relieve– no solo en el ejercicio de la potestad jurisdiccional sino también en su propio ‘status’, por cuanto el estatuto de Jueces y magistrados está al servicio de la Independencia, que se vería gravísimamente comprometida si un Reglamento pudiera regular aspectos de aquel*¹⁰.

Pero fundamentalmente se puso el acento en el aspecto organizativo de la Jurisdicción, a través de un órgano de gobierno alejado del Ejecutivo: concretamente el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), dispuesto en el art. 122.2 y 3 CE. Este afán de separar a la organización judicial respecto del Poder Ejecutivo tenía unas bases históricas muy claras –ya se ha mencionado líneas arriba– y se entendió además estrechamente conectado con el principio de Exclusividad de la Jurisdicción atribuida a los Jueces del Poder Judicial. Como su corolario en realidad, puesto que –se argumenta– de nada sirve la atribución de la Jurisdicción en exclusiva a los Jueces y Magistrados si después resulta que se pueda incidir e influir desde el Poder Ejecutivo, a través de las funciones de gobierno sobre los Jueces, en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Sin duda es cierto que de entre los requisitos que configuran la autonomía del Poder Judicial, el más revelador de la nueva concepción política es el relativo a la creación del CGPJ, que se quiso que fuera la garantía máxima de la Independencia institucional del Poder Judicial. En el marco del Derecho Comparado, diversas Constituciones posteriores a la II Guerra Mundial configuraron órganos propios para el gobierno del Poder Judicial, como órganos independientes de los comprendidos en el Gobierno (es decir, fuera del Ejecutivo), con la misión última de asegurar la independencia colectiva de la Magistratura: el primer modelo fue en Francia, con la Constitución de la IV República de 1946; si bien fue el modelo italiano el que inspiró de modo más directo a nuestro constituyente en las previsiones del art. 122.2 y 3 CE.

¹⁰ Aunque la misma STC permitió que por vía reglamentaria se establecieran regulaciones de *carácter secundario, auxiliar o accesorio*, vía por la cual se han regulado –y regulan– las oposiciones y concursos para el ingreso a la carrera judicial.

Con estos órganos independientes del Poder Ejecutivo lo que se pretende es posibilitar el traspaso de determinadas funciones administrativas e instrumentales –respecto de la función propiamente jurisdiccional, que componen lo que PIZZORUSSO denominó “*administración de la Jurisdicción*”¹¹– necesarias para el ejercicio de la función jurisdiccional y que previamente estaban en manos de los Ministros de Justicia. Y sobre todo –y lo más importante– representa la voluntad de replantear las estructuras de poder, lo que explica que los intentos de autogobierno propugnados antes de la CE –que los hubo en la etapa de la Dictadura¹²– fueron ampliamente rechazados por todos los sectores, porque se hacían desde dentro de las mismas estructuras de poder.

Cabe plantear teóricamente –en relación con la importancia de esa función de gobierno– si no bastaría simplemente con proteger que fueran independientes los Jueces *sometidos solo al imperio de la Ley* cuando ejercen la función jurisdiccional. Y la respuesta claramente negativa se entiende perfectamente si atendemos a sus antecedentes históricos. Y así vemos por ejemplo cómo la LOPJ precedente a la actual –Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870– aun cuando protegía cuidadosamente la independencia del Juez en el ejercicio de su función jurisdiccional, continuaba sin embargo confiando al Ejecutivo la práctica totalidad de las funciones de gobierno del Poder Judicial a través del Ministro de Gracia y Justicia, y ello tanto en la administración de los medios materiales como del personal judicial, con muy amplios poderes discrecionales por cierto en materia de nombramientos y ascensos)¹³.

Es importante destacar por ello que fue precisamente en el marco de la configuración constitucional del Estado de Derecho social y democrático cuando, a fin de superar la mera separación nominal de Poderes y profundizar en la independencia judicial –en sus diversas vertientes– se produce una ruptura con el sistema anterior, sustrayendo al Poder Ejecutivo,

¹¹ PIZZORUSSO, A., “La experiencia italiana del Consejo Superior de la Magistratura”, en *Jueces para la democracia*, N° 24, 1994, págs. 65-70.

¹² Es a finales de la década de los años 60 del pasado siglo XX cuando se produce un verdadero clamor por parte de algunos sectores judiciales y especialmente doctrinales en torno al autogobierno del Poder Judicial, lo que se explica por dos razones: las peculiares características del sistema político entonces vigente, ya en su ocaso, así como la recepción de las experiencias favorables del Derecho Comparado. Puede consultarse XIOL RÍOS, J.A. et.al. *El Poder Judicial y su Consejo General en el Estado Social y Democrático de Derecho*, ed. Poder Judicial, 1990.

Pero el interés despertado no se reduce a las esferas judiciales y doctrinales, sino que, desde la propia esfera judicial, el Presidente del TS y luego Ministro de Justicia RUIZ JARABO, F. insistirá en el tema del autogobierno repetidamente en los discursos de Apertura de Tribunales en los años 1969, 1970 y 1971, sin que en su versión del planteamiento lograra por supuesto convencer a los sectores judiciales ni doctrinales, por resultar evidente que este autogobierno no podía ser auténtico sin una modificación del régimen político; se plasmaba en una autonomía funcional de la Administración de Justicia concentrada en un Consejo Superior de la Magistratura, presidida por el Jefe del Estado, que actuaría en Pleno (con admisión de representantes del Ministerio Fiscal, Secretarios Judiciales, Abogados y Procuradores) y en Comisión Ejecutiva, con la misma composición que el entonces vigente Consejo Judicial. En representación de las voces críticas de la doctrina científica, baste citar a PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., “El autogobierno de la magistratura”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1970, n°2, pp. 251 y ss.

¹³ Vid. GONZÁLEZ GRANDA, P., *Independencia del Juez y control de su actividad*, cit., pp. 40 y ss.

en mayor o menor medida, la función de gobierno sobre el Poder Judicial, para atribuirla a un órgano especial previsto en la CE. Porque sucede que, como muy acertadamente destacó el TC en la mencionada STC 108/86, de 29 de julio: *Las funciones que obligadamente ha de asumir el CGPJ son aquellas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre los Tribunales: de un lado, el posible favorecimiento de algunos Jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otro lado, las eventuales molestias y perjuicios que pueden surgir con la Inspección y la implantación de sanciones disciplinarias.*

Las Asociaciones de Jueces que funcionaban de modo casi clandestino a finales de los años 60 y primeros años 70 comenzaron a clamar por un órgano de gobierno de los Jueces independiente, y esa idea fue captada perfectamente por el legislador constituyente¹⁴.

De modo que el CGPJ es un órgano de nuevo cuño que nace con la CE como “órgano de gobierno del Poder Judicial” y cuyo estatuto, régimen y funciones se remiten a su Ley reguladora. El desarrollo normativo de las previsiones constitucionales debía producirse a través de la LOPJ a la que alude la propia CE. Sin embargo, fue necesario dictar con premura una Ley Orgánica específicamente reguladora (fue la LO 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial) ante la necesidad de poner en funcionamiento el Tribunal Constitucional ya que dos de sus miembros debían ser propuestos por el CGPJ, de acuerdo con la CE (artículo 159.1). Quedó sin dicha Ley sin efecto una vez aprobada posteriormente la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, donde se reguló de forma definitiva el Consejo General del Poder Judicial.

Destacó la doctrina científica en su momento que el análisis comparativo del tratamiento del CGPJ en las sucesivas versiones del texto constitucional evidenciaba la existencia de un acuerdo básico en dos cuestiones: una, la necesidad de remitir a un órgano de nuevo cuño la gestión político-administrativa del que se llamará desde el primer momento *Poder Judicial*; y dos, la composición mixta, es decir, no exclusivamente corporativa de aquel. Produciéndose desde el primer momento una buena acogida en los medios doctrinales, que veían en él un cambio de cualidad para el futuro de la independencia de la Magistratura, y que exigiría un replanteamiento de las relaciones de poder¹⁵.

Cuestión diferente es que la deliberada ambigüedad en el sistema de selección de los vocales de procedencia judicial en el art. 122.3 de la CE haya provocado muchas dificultades y una

¹⁴ En esta línea puede consultarse, por ejemplo, “Justicia democrática”, *Los Jueces contra la Dictadura (Justicia y Política en el franquismo)*, Tucur Ediciones, 1978, pp. 10 y ss.

¹⁵ Baste citar a PECES-BARBA, G., *La Constitución de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, 1981, ed. Fernando Torres-Editor, p. 166. Este autor destaca que la CE llega en este punto donde no lo había hecho ninguna otra Constitución actual, en la línea que algún jurista español había intuido: la supresión de las competencias del Ministerio de Justicia en el ámbito del Poder Judicial y su sustitución por un órgano colegiado: el CGPJ y pone de relieve las posibilidades inmensas que suscita. Asimismo, LEDESMA BARTRET, F., “El gobierno del Poder Judicial”, en *El gobierno de la justicia. El Consejo General del Poder Judicial*, op.col. coord., Pedraz Penalva, E., 1996, pp. 93 y ss. Más recientemente en, “Sobre el Consejo General del Poder Judicial”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 70, 2017, pp. 4 y ss. *Vid.* también el clásico trabajo de VICENTE Y CARAVANTES, J., *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la Ley de Enjuiciamiento*, T.I, Imprenta de Gaspar y Roig, Editores, 1856, pp. 127 y ss.

diversidad de sistemas que nunca terminan de satisfacer a todos. A lo que se ha unido recientemente una pretendida modificación de la mayoría requerida, con la sustitución de los 3/5 por mayoría absoluta. Cuestiones ambas que dan para sendas Ponencias. Baste decir que los recientes acontecimientos relativos a su renovación –el CGPJ actual debería haber cesado hace dos años y existe un bloqueo institucional al no ponerse de acuerdo los dos partidos mayoritarios: PSOE y PP– han revelado y confirmado que los partidos políticos desean controlar al órgano de gobierno del Poder Judicial y, a su través, al propio Poder Judicial¹⁶.

Un último apunte: el CGPJ funciona en la cúspide de ese gobierno del Poder Judicial y es el único órgano de gobierno previsto en la CE, pero subordinados al CGPJ están los órganos de gobierno internos, mencionados en el art. 104.2 CGPJ, que –tras determinar que el CGPJ organiza y ejerce sus funciones con arreglo a los principios de unidad e independencia– dispone textualmente que *El gobierno del Poder Judicial corresponde al Consejo General del Poder Judicial, que ejerce sus competencias en todo el territorio nacional, de acuerdo con la Constitución y lo previsto en la presente ley. Con subordinación a él, las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia ejercerán las funciones que esta ley les atribuye, sin perjuicio de las que correspondan a los Presidentes de dichos Tribunales y a los titulares de los restantes órganos jurisdiccionales.*

Unos y otros son órganos de naturaleza administrativa y no jurisdiccional y esa misma naturaleza –administrativa y no jurisdiccional– tienen igualmente sus funciones.

Ahora bien, aunque no puede negarse que el nacimiento del CGPJ significa un momento de ruptura con la forma habitual de concebir la organización judicial dentro del aparato del Estado –que conlleva por supuesto la extracción en mayor o menor medida de la gestión de la órbita del Ejecutivo– quedaba por precisar el concepto exacto de función de gobierno asignada al CGPJ, que en definitiva vendría dado por el grado de extracción y traspaso de tales funciones. Y lo cierto es que dicha concreción ha planteado problemas en un doble frente: como competencia exclusiva del Estado en relación con las competencias asumidas por los Estatutos de Autonomía por un lado; y respecto a la tensión dialéctica entre CGPJ y Ministerio de Justicia por otro.

Parafraseando a GARCÍA DE ENTERRÍA, E.¹⁷, los Juzgados y Tribunales tienen la titularidad exclusiva y excluyente del “núcleo duro” del Poder Judicial, esto es, la titularidad del ejercicio de la potestad jurisdiccional (*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*); pero junto a ese núcleo duro existe un “anillo periférico”, integrado por el conjunto de competencias relativas a la *Administración de Justicia*, que por un lado salvaguardan la existencia misma de la función jurisdiccional, en las condiciones de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento únicamente al imperio de la Ley, exigidas

¹⁶ Pero la situación política de bloqueo no puede llevar a la modificación de las mayorías parlamentarias para el nombramiento de sus componentes, como algunos pretenden. *Vid.* al respecto la atinada exposición de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “A propósito del nombramiento de los Vocales de procedencia judicial del Consejo General del Poder Judicial”, en *Diario La Ley*, nº 9769, Sec. Tribuna, 13 de enero de 2021.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en las sucesivas ediciones de su *Curso de Derecho Administrativo*, por primera vez 1983, I, Ed. Civitas, pp. 122 y ss.

constitucionalmente; y por otro lado, posibilitan que los Jueces y Tribunales den cumplida respuesta al derecho público subjetivo que todos los individuos tienen a obtener su tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

El problema estriba en que el constituyente no fijó con precisión el alcance exacto de tal contenido “periférico”, aunque fue perfectamente consciente de su existencia, pues a ello obedece precisamente la creación del CGPJ, de modo que si ninguna competencia tiene respecto del núcleo duro del Poder Judicial, debe ser por el contrario considerado legítimamente como órgano de gobierno del “contenido periférico” del Poder Judicial.

Se ha configurado así un verdadero complejo de órganos de gobierno de distintos niveles que viene de constituir *una Administración pública incardinada en el Poder Judicial*, pues las actuaciones gubernativas tienen naturaleza objetivamente administrativa, aunque realizadas por órganos ajenos al Poder Ejecutivo e incardinados subjetivamente en el Poder Judicial¹⁸.

Desde esta perspectiva, es evidente que el campo de batalla lo constituye precisamente el ámbito objetivo o la extensión material de esta función de gobierno autónomo. Para algunas concepciones, la autonomía de gobierno ha de ser especialmente limitada a aquellos puntos especialmente sensibles desde el punto de vista de la independencia a las intromisiones del Ejecutivo (lo relativo a la designación de determinados cargos judiciales, nombramientos y ascenso dentro de la carrera judicial, inspección y potestad disciplinaria, así como la designación de los propios cargos gubernativos de orden interno). En el extremo opuesto a las concepciones reduccionistas se hallan las posiciones que pretenden darle un carácter absoluto, extendiéndolo a la gestión de medios personales y materiales necesarios para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, alcanzando al personal funcional de la Oficina judicial. En las versiones más absolutas, comportaría la gestión autónoma e independiente con inclusión entre otras facultades de la aprobación del presupuesto, sin otra sujeción que a la voluntad del Parlamento y la de gestión financiera, que conlleva la atribución al órgano al que se inviste de estas facultades de extensos poderes en el plano normativo, mediante el reconocimiento de su potestad reglamentaria e incluso de facultades de iniciativa legislativa. Para la concepción más extrema, la solución sería la supresión del Ministerio de Justicia¹⁹.

Puede señalarse que es en relación con la administración de medios personales donde el gobierno autónomo ha conseguido más adhesiones, porque es precisamente a través de ella como el Poder Ejecutivo ha atentado más impunemente contra la independencia de los Tribunales a lo largo de la historia²⁰. Por su parte es la gestión de medios materiales la que ha provocado siempre mayores problemas²¹.

¹⁸ DEL CACHO FRAGO, A., “Gobierno interno de Tribunales y Juzgados”, *Revista Poder Judicial*, Nº V especial, pp. 219 y ss.

¹⁹ *Vid.* sobre este punto MONTERO AROCA, J., “Autonomía del Poder Judicial e independencia del Juez”, en *Libro-Homenaje a Gabaldón López*, Madrid, 1990, pp. 187 y ss.

²⁰ *Vid.* ENSOR, R.C.K., “Jueces y Tribunales en Inglaterra, Francia y Alemania”, Ed. *Revista de Derecho Privado*, 1935, pp. 53-56.

²¹ Por todos, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., “El autogobierno de la Magistratura”, en *RDProc.Ib.*, 1970, p. 259.

Lo que está muy claro en cualquier caso –es decir, independientemente de la extensión que deba darse al concepto de “gobierno autónomo”– es que dicha función es accesoria y puramente instrumental respecto de la función jurisdiccional. Función de gobierno que, por estas razones, no puede interferir en el ejercicio de la propia función jurisdiccional. Y por cierto que también da para otra Ponencia la posible intromisión en parcelas vedadas a través de las funciones de gobierno: cabe pensar en los Acuerdos no jurisdiccionales de las Salas respectivas por un lado, que a veces inciden en la esfera propiamente jurisdiccional²². Y en relación con el propio ámbito del CGPJ, es interesante destacar asimismo que la reciente creación de la Comisión de Ética Judicial plantea algunas dificultades en este punto ante la indefinición del alcance de los Acuerdos, resultando destacable que algunos inciden indebidamente en la esfera propiamente jurisdiccional, como he tenido oportunidad de poner de relieve en dos recientes trabajos que aún no han visto la luz²³.

2. El principio de unidad diseñado en la Constitución española se opone a las jurisdicciones especiales y nada tiene qué ver con el diseño del Estado de las Autonomías

El principio de Unidad aparece ya como *unidad de fuero* en nuestras Constituciones del siglo XIX, si bien, a pesar de tales proclamaciones constitucionales, la unificación no tiene en España una consagración a nivel de Ley ordinaria hasta el Decreto-Ley de 6 de diciembre de 1868, de Unificación de Fueros, en virtud del cual se suprimen todas las Jurisdicciones especiales –dejando solo subsistentes la Jurisdicción eclesiástica, la militar y la del senado–, unificación posteriormente recogida en la LOPJ de 1870²⁴.

²² Con carácter general, baste al efecto, entre otros: MANJÓN-CABEZA CIMEDA, A., “Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo? A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 10, 2008; también GRANADOS PÉREZ, C., *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para Unificación de la Jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017. Con un alcance más específico, *vid.* GONZÁLEZ GRANDA, P., “Los Acuerdos Plenarios no jurisdiccionales del Tribunal Supremo y la reforma del sistema impugnatorio de autos definitivos en el orden penal”, en *Revista General de Derecho Procesal*, *Iustel*, mayo 2019; también “El (difícil) papel del Tribunal Supremo en la doctrina impugnatoria de los autos de Sobreseimiento Libre: algunos supuestos paradigmáticos”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Vol. 3, 2018, pp. 457 y ss.

²³ La Comisión de Ética Judicial –constituida el 9 de mayo de 2018– es un organismo nacido para orientar sobre la interpretación de los principios de Ética Judicial recogidos en diciembre de 2016 por el CGPJ en un documento –el *Código Ético para la Carrera Judicial*– adoptado por dicho órgano y que *aspira a conseguir la excelencia en la tutela de los derechos de la ciudadanía, sirviendo de guía en el desempeño del ejercicio de la jurisdicción* (en términos literales contenidos en el Preámbulo del mencionado documento).

²⁴ Sobre el problema del principio de Unidad antes de 1870, son ilustrativas las palabras de GÓMEZ DE LA SERNA, R., en “Del Poder Judicial, de sus relaciones con los demás Poderes y las condiciones y deberes de los que lo ejecutan”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1869: *durante el Régimen absoluto llegó a abusarse tanto, no solo en la concesión de fueros privilegiados sino en la creación de Jurisdicciones especiales, que puede asegurarse que se invirtió el orden entre la regla general y sus excepciones, pues cada clase de negocios tenía su juzgador y*

Pero lo cierto es que, a pesar de tales proclamaciones constitucionales y a pesar del citado Decreto-Ley de Unificación, el principio de Unidad tuvo más de apariencia que de realidad, con constantes y sucesivas quiebras en la pretendida unificación²⁵, hasta llegar –por lo que aquí interesa– al régimen franquista, ampliamente generoso en la creación de órganos y jurisdicciones especiales, que reducían la Jurisdicción ordinaria a un papel de “mera suplencia”²⁶, no solo a través de la creación de las citadas Jurisdicciones especiales, sino también a través del conferimiento de facultades exorbitantes a la Administración. Fenómeno este típico –por lo demás– de todos los sistemas autoritarios. Contabiliza la doctrina en el año 1970 hasta quince Jurisdicciones de carácter civil y diez penales, mientras que otros autores contabilizan aún más, circunstancia esta que se justifica en una falta de unanimidad por parte de los autores en cuanto a las categorías doctrinales –Jurisdicción especial, Tribunal especial. Especializado y de excepción– con arreglo a las cuales deben ser examinados²⁷.

En la CE de 1978 el principio de Unidad tiende a un fin, que es el de garantizar que sean unas y siempre las mismas las reglas de competencia y procedimiento y las garantías procesales y estén basadas en los principios reales y no aparienciales de Derecho. Su marco constitucional se encuentra referenciado en los arts. 117.5 y 122.1.

Suele entenderse que el principio de Unidad de la Jurisdicción constituye, como complemento del de Exclusividad, un presupuesto indispensable de todo Estado de Derecho, que comporta dos exigencias: de un lado, que la facultad de resolución de las controversias sea encomendada a un *único* cuerpo de jueces y magistrados; y de otro, que la función en que aquella facultad se concreta, la cosa juzgada, se atribuida con exclusividad a tales miembros de la Jurisdicción, porque esta es la única forma de asegurar que los mismos posean las notas esenciales de independencia e imparcialidad de la Jurisdicción²⁸, de modo que puede afirmarse que es un axioma del Estado de Derecho y casi axioma del Estado absolutista la pluralidad de Jurisdicciones²⁹. Cabe afirmar que, así entendida, la idea básica del principio de Unidad intenta evitar –en fin– la posibilidad de que la función jurisdiccional pueda ser atribuida a órdenes especiales de funcionarios no integrados en el Poder Judicial, porque esa posibilidad atentaría contra las garantías constitucionales de la Jurisdicción.

Son dos las notas imprescindibles que adornan a la única Jurisdicción o Jurisdicción ordinaria en el marco del principio de Unidad jurisdiccional, a saber: una, que orgánicamente se integra

protector privativo, quedando reducidas las atribuciones de la Jurisdicción ordinaria al conocimiento de los pocos asuntos no sometidos a un fuero especial.

²⁵ En particular se señala el protagonismo desorbitado que iba adquiriendo el Fuero Militar, que comienza paradójicamente su destacada expansión con el citado Decreto de Unificación, que vino a consolidar la Jurisdicción Militar para el conocimiento de conductas relacionadas con el orden público. Así BALLBÉ, M., “Orden público y militarismo en la España Constitucional (1812-1893)”, en *El Ciervo: revista mensual de pensamiento y cultura*, n.º 403-404, 1984, pp. 51 y ss.

²⁶ En gráfica y muy acertada expresión de ANDRÉS IBÁÑEZ, P. / MOVILLA ÁLVAREZ, C., “El Poder Judicial”, Ed. Tecnos, 1986, p. 180.

²⁷ Así LATOUR, B., “Unidad de Jurisdicciones”, en *Revista de Derecho Judicial*, 1970-1971, p. 120.

²⁸ Baste al respecto GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Ed. Civitas, 1981, p. 86.

²⁹ Así FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Ed. Bosch, 1990, p. 117.

en el Poder judicial, se rige por la LOPJ y se gobierna por el CGPJ; y dos, que funcionalmente tiene asegurada su independencia en su ejercicio.

Ambas vertientes son en cierta medida complementarias, pero interesa destacar el aspecto diferencial de la función jurisdiccional ordinaria y especial, distinción poco manejada por la doctrina española y en la que los maestros italianos resultan imprescindibles para su debida comprensión³⁰.

La importancia del principio no viene dada tanto por su incidencia en los aspectos organizativos –que desde luego también se verán afectados por su vigencia o deterioro–, sino que adquiere su verdadero sentido desde una perspectiva histórica, en una lucha que se prolonga en el tiempo por conseguir una Justicia garantizadas por que a su servicio solo haya *verdaderos Jueces*³¹. En definitiva, se trata de conseguir, no solo la desaparición de las manifestaciones de Jurisdicción especiales, extraordinarias o de excepción, sino especialmente que, en todos los procesos –aún en aquellos en que su conocimiento sea conferido al *único* cuerpo de Jueces– se contengan las garantías necesarias en cuanto a los mecanismos de atribución del ejercicio de la Jurisdicción. Y esta matización tiene importancia, no solo por cuanto esta finalidad es precisamente la que lleva a la creación de un único cuerpo de jueces y magistrados, sino porque es precisamente esta la única que justifica la pervivencia de manifestaciones especiales de Jurisdicción en la propia Constitución. En sentido estricto, en la actualidad la única manifestación de Jurisdicción especial admitida expresamente en la propia CE es la Militar (art. 117.5), desarrollada parcialmente en la LOPJ (art. 3.2), en la que no concurren ninguna de las dos notas mencionadas, constituyendo su dependencia del Ministerio de Defensa el mayor problema. Y también existen determinados *Tribunales especiales* reconocidos en la propia CE: el TC, el Tribunal de Cuentas (de naturaleza mixta pero con funciones jurisdiccionales) y los Tribunales Consuetudinarios, en los que no se da la nota orgánica pero sí la independencia funcional³².

Asimismo es fundamental destacar que la importancia del principio de Unidad está en entender que todas las delimitaciones posibles dentro del ejercicio de la función jurisdiccional (entre Jurisdicción ordinaria/especial, entre órdenes jurisdiccionales y por razón de las normas de competencia) obedecen a una distribución del ejercicio de la función, porque la Jurisdicción es única. De modo que la función o potestad jurisdiccional solo se confiere a los Juzgados y Tribunales ordinarios y excepcionalmente a los órganos previstos en la propia CE: Jurisdicción Militar y algunos órganos especiales (el propio TC, el Tribunal de Cuentas y la pervivencia de determinados Tribunales tradicionales y consuetudinarios).

Curiosamente la CE de 1978 no da al principio de Unidad jurisdiccional un carácter absoluto, ya que en la primera disposición mencionada –el art. 117.5– lo enuncia como “la base de la

³⁰ CHIOVENDA, G., “Jurisdicción ordinaria y Jurisdicciones especiales”, en *Principios de Derecho Procesal*, ed. traducida Casais y Santaló. J., 1ª ed., Instituto Editorial REUS, T. I, p. 463. CARNELUTTI, F., “Limiti della giurisdizioni del giudice italiano”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1931, II, pp. 218 y ss.

³¹ ALMAGRO NOSETE, J., “El Derecho Procesal en la nueva Constitución”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1978, N° 4, p. 948.

³² GIMENO SENDRA, V., op.et loc. cit. en nota 28.

organización y funcionamiento de los tribunales”, y de hecho en el mismo art. 117 se remite a la Ley para la regulación de la Jurisdicción militar, legitimando asimismo en el art. 125 la pervivencia de los tribunales tradicionales. Por su parte, el art. 122.1 CE, ya mencionado, establece lo siguiente: *La LOPJ determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único, y del personal al servicio de la administración de justicia.* Y debe entenderse que cuando el art. 117.5 CE proclama que el principio de Unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales, se está manifestando fundamentalmente contra la existencia de Tribunales no independientes.

Es la LOPJ en su art. 3 la que le da una mayor rotundidad al principio, al formularlo así: 1. *La Jurisdicción es única y se ejerce por los juzgados y tribunales previstos en esta ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la ce a otros órganos.* 2. *Los órganos de la Jurisdicción militar, integrantes del Poder Judicial del Estado, basan su organización y funcionamiento en el principio de Unidad jurisdiccional y administran justicia estrictamente en el ámbito castrense...*

II. LA INTEGRACIÓN DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN EL PRINCIPIO DE UNIDAD DEL PODER JUDICIAL SE REALIZA POR MANDATO CONSTITUCIONAL EN SU ARTICULACIÓN ORGÁNICA Y FUNCIONAL

1. Los Tribunales Superiores de Justicia no son manifestación de jurisdicción especial sino ordinaria

Según hemos dicho, el principio de Unidad tiene dos vertientes o parámetros muy claros: orgánico y funcional. Y resulta que no son ninguno de ellos los que están implicados –en principio– en la necesaria articulación de la integración de los Tribunales Superiores de Justicia (TSSJJ) de las Comunidades Autónomas (CCAA)³³ en el principio de Unidad.

Por un lado, es obvio que el principio de Unidad orgánica se encuentra absolutamente salvaguardado, puesto que los TTSSJJ son órganos incardinados en el único cuerpo de Jueces y magistrados integrados en el Poder Judicial, siendo órganos estatales que se acomodan a las CCAA para articularse con ellas con el objeto de lograr una mejor y más eficaz Justicia. Por otro lado, tampoco cabe dudar de que la función que les corresponde sea función jurisdiccional ordinaria, de modo que, a diferencia de los que sucede con los Tribunales y Jurisdicción especial, no concurren en ellos especialidades orgánicas ni funcionales.

Su peculiaridad viene dada porque representan la plasmación de la Unidad jurisdiccional en un nuevo modelo de Estado integrado por diferentes CCAA (el Estado de las Autonomías), resultando imposible negar que el diseño de dicho nuevo Estado no haya tenido importantes repercusiones sobre el Poder Judicial único.

³³ Fue el desarrollo de la LOPJ a través de la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 1988 la que permitió la constitución y el funcionamiento de los TTSSJJ en mayo de 1989 en todas las CCAA.

Hay que decir que toda la doctrina coetánea a la promulgación de la CE destacó que, *si bien la nueva estructuración del Estado suscitó una cierta dosis de ambigüedad en cuanto al Estado de las Autonomías, resultó curioso que esa ambigüedad desaparecía al hacer referencia a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, ya que entonces se llega, de modo casi unánime, a la dogmática conclusión de que el modelo de Poder Judicial (...) no tenía por qué experimentar modificación alguna a este respecto.* (Es decir, como consecuencia de la nueva organización del Estado)³⁴. Y no debe extrañarnos, ya he reiterado líneas arriba que la preocupación inicial del legislador constituyente fue la de despojar al Poder Ejecutivo de funciones comprometidas con el Poder Judicial.

Pero en realidad es obvio que el desarrollo del Título VIII de la CE si ha planteado controversias en su incidencia sobre el Poder Judicial, porque el problema de fondo es cómo se puede conjugar la rotundidad del principio de Unidad del Poder Judicial en justa coherencia con el propio Estado de las Autonomías.

2. ¿Cuál es el marco constitucional al respecto?

El marco constitucional al respecto viene constituido por las siguientes disposiciones principalmente: arts. 149.1.5º, 152.1.II y III, 117.5 y 122.1 todos ellos de la CE. Veámoslo en una breve síntesis.

En primer lugar, el art. 149.1.5ª CE, en cuanto que dispone que *El Estado tiene competencias exclusivas sobre las siguientes materias: (...) 5ª “Administración de Justicia”*.

Seguidamente el art. 152.1.II y III CE, al afirmar expresamente la Unidad e Independencia del Poder Judicial y en un lugar en que se está configurando precisamente la organización judicial en el territorio de las CCAA:

II. Un TSJ, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al TS, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquellas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio.

Todo ello de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y dentro de la Unidad e Independencia de éste.

III. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 123, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la CA en que esté el órgano competente en primera instancia.

Conviene resaltar los límites imperativos que el art. 152.1.II CE exigen al Poder Judicial en la Comunidad Autónoma, que son los siguientes: 1º. El del respeto a la Unidad del Poder Judicial. 2º. Que se garantice la independencia de la Judicatura conforme a los principios que resultan de los arts. 117 y 122 CE. Y 3º. Que la organización de la Justicia en la Comunidad

³⁴ En estos términos ANDRÉS IBÁÑEZ, P. / MOVILLA ÁLVAREZ, C., “El Poder Judicial”, cit., pp. 182.

Autónoma se realice precisamente por la Ley Orgánica del Poder Judicial, necesariamente por el Estado en el ejercicio de la competencia exclusiva atribuida por el art. 149.5 CE. Sin olvidar las disposiciones contenidas en los arts. 117.5 CE (que consagra asimismo el principio de Unidad jurisdiccional como una confirmación de la unidad del sistema) y en el art. 122.1 CE establece que los Jueces y Magistrados de carrera formarán un cuerpo único de funcionarios.

De manera que, a la luz de todas estas disposiciones que concretan una diversidad de límites, es como cobra pleno sentido la exigencia del respeto al principio de Unidad del Poder Judicial, que se proyecta sin duda alguna en la prohibición de Jueces autonómicos, puesto que, según dispone el art. 122.1 CE, los Jueces y magistrados de carrera formarán un cuerpo único; y asimismo la referencia a la independencia contenida en el art. 152.1 CE proscribire la dualidad de reclutamiento propia de los sistemas federales.

Podemos así reiterar que, por decisión constitucional, el Poder Judicial es único, de tal modo que las atribuciones autonómicas han de producirse necesariamente en el nivel periférico de la llamada *administración de la Administración de Justicia* (en terminología acuñada por el propio TC, como destacaremos seguidamente), es decir, respecto de aspectos administrativos de la organización de la Justicia o bien relativos a la ordenación de las demarcaciones territoriales.

III. ¿DÓNDE ESTÁ ENTONCES EL PROBLEMA?

Cabe preguntarse –a la vista del marco constitucional– dónde está entonces el problema en torno a la configuración de la Justicia en el Estado autonómico. Y la respuesta no puede ser sino la que sitúa la respuesta en torno al debate correspondiente a la correcta interpretación de las limitaciones antedichas. Veámoslo en una muy breve síntesis.

1. La debida interpretación de las limitaciones constitucionales establecidas para la integración de la Justicia en el ámbito autonómico: en particular el alcance del principio de reserva de exclusividad del art. 149.1.5º CE

Ha de tenerse en cuenta que la organización del Estado de las Autonomías, con nuevas organizaciones y centros de poder exigía una necesaria coordinación y un replanteamiento del tradicional monopolio de la gestión de la Administración de Justicia por parte del Poder Ejecutivo.

Uno de los principales problemas se hizo presente ante la falta de concordancia entre las competencias asumidas en su día por los Estatutos de Autonomía y lo dispuesto posteriormente en la vigente LOPJ en materia de organización judicial, circunstancia esta que vino a poner de relieve una falta de acuerdo a la hora de definir qué debiera entenderse por *Administración de justicia* como competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.5 CE) y en consecuencia hizo entrar en liza al TC a la hora de delimitar su extensión.

Cronológicamente hablando, ocurrió que los Estatutos de Autonomía aprobados a principios de los años 80 del pasado siglo intentaron asegurar que el modelo jurídico a cimentar inclinara la balanza a favor de las CCAA, anticipándose a la regulación legal que se plasmó en la LOPJ del año 1985. Así, los primeros cuatro Estatutos de Autonomía (correspondientes al País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía) tuvieron en común una serie de disposiciones relativas al ámbito competencial del TSJ y de los órganos judiciales radicados en el territorio de la Comunidad, así como un listado competencial en materia de Justicia: principalmente delimitación de demarcaciones, convocatorias de concursos a plazas judiciales y la llamada *cláusula subrogatoria*³⁵, mediante la cual pretendieron aquellos asumir todas las facultades que la futura LOPJ atribuyera al Gobierno del Estado.

De modo que cuando se promulgó la LOPJ en el año 1985, hubo de intervenir el TC a fin de resolver las dudas de constitucionalidad que algunas CCAA (concretamente Cataluña, País Vasco y Galicia) mostraron respecto a aquella. La cuestión es que la coparticipación de las Administraciones del Estado y Autonómicas en la prestación de medios materiales de servicio de la Administración de Justicia habría de exigir una colaboración muy eficiente, que la LOPJ no reconoció sino de forma limitada en su art. 37.3³⁶, que en su versión originaria estableció textualmente: 3. *Podrá atribuirse a las Comunidades Autónomas la gestión de todo tipo de recursos, cualquiera que sea su consideración presupuestaria, correspondientes a las competencias atribuidas al Gobierno en el apartado 1 de este artículo, cuando los respectivos Estatutos de Autonomía les faculten en esta materia.* Disposición contenida en el contexto de los apartados precedentes del mismo art. 37 LOPJ, que determinaron lo siguiente: 1. *Corresponde al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, proveer a los Juzgados y Tribunales de los medios precisos para el desarrollo de su función con independencia y eficacia.* 2. *A tal efecto, el Consejo General del Poder Judicial remitirá anualmente al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, una relación circunstanciada de las necesidades que estime existentes.* Y 3. *Podrá atribuirse a las Comunidades Autónomas la gestión de todo tipo de recursos, cualquiera que sea su consideración presupuestaria, correspondiente a las competencias atribuidas al Gobierno en el apartado 1 de este artículo, cuando los respectivos Estatutos de Autonomía les faculten en esta materia.*

Es advertible que la LOPJ se refiere solo a la gestión de recursos para los medios –materiales– precisos para el desarrollo de la función de los Tribunales con independencia y eficacia, ignorando las demás competencias que pudieran derivarse de la *cláusula subrogatoria* dispuesta en el apartado 3, fundamentalmente las que podrían recaer sobre el personal al servicio de la Administración de Justicia. Asimismo. Asimismo, fue observado con recelo que la posible transferencia de recursos fuera objeto de regulación como una atribución discrecional del Gobierno y no como una competencia de las CCAA nacida de los propios Estatutos de Autonomía³⁷.

³⁵ Vid. AGUIAR DE LUQUE, I., “Poder Judicial y Reformas estatutarias”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n.1, 2006, pp. 14 y ss.

³⁶ Vid. al respecto CELAYA IBARRA, A., “Poder Judicial y Estado de las autonomías”, *Revista del Poder Judicial, Número especial XI (El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la sociedad)*, 1990.

³⁷ Mucho se ha escrito respecto a la validez de estas cláusulas subrogatorias, cuyo juego podía ser muy amplio en razón de las amplias competencias que se reservó el Gobierno en la LOPJ, y que sintetizamos como sigue. Fue negada por algunos autores, al entender que los Estatutos de

Hay que recordar que la delimitación competencial en materia de Justicia entre el Estado y las CCAA la ha realizado el TC en reiterados pronunciamientos, sintetizándose la doctrina en los siguientes dos puntos: 1º.- Debe distinguirse entre un sentido estricto y uno amplio del concepto de Administración de Justicia, de modo que el art. 149.1.5ª CE reserva al Estado como competencia exclusiva la Administración de Justicia, lo que supone en primer lugar que el Poder Judicial es único y que a los jueces y magistrados en él integrados les corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que es la esencia de la función jurisdiccional (ex art. 117.5 CE). El gobierno de ese Poder Judicial es también único y corresponde al CGPJ (art. 122.2 CE). Y 2º.- Pero al lado de ese núcleo esencial de la Administración de Justicia, existe un conjunto de medios personales y materiales que se refieren al personal al servicio de la Administración de Justicia (art. 122.1 CE). En cuanto que no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial, cabe aceptar que las CCAA asuman competencias sobre esos medios personales y materiales.

Resulta fundamental al respecto la STC 56/1990, de 29 de marzo, en la que se acuñó la expresión “administración de la Administración de Justicia”, a fin de poder diferenciar entre la Administración de Justicia o núcleo duro (o sea lo que es Poder Judicial y su gobierno) y otro sector claramente diferenciado, que hace referencia a los medios personales y materiales, que no se integran en ese núcleo sino que se colocan, como dice expresamente el art. 122.1 CE –refiriéndose al personal– al servicio de la Administración de Justicia.

De modo que en cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y de gobierno del Poder Judicial, es posible que las CCAA asuman competencias sobre esos medios personales y materiales. Y es así cómo ha de entenderse que lo que la *cláusula subrogatoria* supone es aceptar el deslinde que el Estado realiza entre Administración de Justicia en sentido estricto y “administración de Administración de Justicia”: las CCAA asumen así una competencia por remisión a ese deslinde, respetando como vínculo inaccesible el art. 149.1.5 CE, con la excepción de lo dispuesto en el art. 152.1.2, sobre participación en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Moviéndose en dos campos de actuación: la dotación de medios personales y la dotación de medios materiales.

En la dotación de medios personales, y excluida la competencia en relación con los titulares de la potestad jurisdiccional, es notoria la diferencia entre la regulación contenida en la LOPJ y en la LO 1/1980, de 10 de enero, reguladora del CGPJ por lo que se refiere al denominado “Personal al servicio de la Administración de Justicia” (Libro VI de la LOPJ). Pues en la LO 1/1980 se confería al CGPJ la competencia para la selección, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de los Secretarios y también del personal auxiliar y colaborador; y esta competencia desaparece totalmente con la promulgación de la

Autonomía se habían excedido en la “reserva estatutaria”, por lo que la LOPJ podría perfectamente reformar los Estatutos sin sujetarse a los procedimientos de reforma establecidos en los mismos, ya que el principio de congelación de rango estatutario solo protege a los preceptos materialmente estatutarios y no a los que solo lo son formalmente. Otros autores, aún sin admitir esta posible derogación, llegan a la misma consecuencia práctica, al considerar las normas estatutarias relativas a la Justicia como normas programáticas sujetas en definitiva a lo disponga en su momento la LOPJ. *Vid.* al respecto, entre otros, el trabajo de ORTUÑO NAVALÓN, “La Justicia ante el nuevo diseño del Estado autonómico”, Revista Internauta de Práctica Jurídica, N° 22, 2008, pp. 1 y ss.

LOPJ, que establece el carácter de cuerpos nacionales de los mencionados funcionarios y encomienda al Ministerio de Justicia todas las materias relativas a su Estatuto y régimen jurídico.

En lo que respecta a las competencias de las CCAA en esta gestión de elemento personal, una vez dictada la STC 56/90, quedaron confinadas en márgenes muy estrechos, privando en la práctica de toda eficacia a la cláusula subrogatoria a pesar de reconocer su plena validez. Al efecto es fundamental la doctrina sentada en su FJ10, dado que en ella se otorga carta de validez constitucional al hecho de que la LOPJ regule como cuerpos nacionales los diferentes cuerpos al servicio de la Justicia, puesto que con ello se vedaba la posibilidad de una eventual y ulterior regulación normativa autonómica en la materia³⁸. Con ello venía a confirmarse que todo lo relativo a la regulación del Poder Judicial iba a ser en muy buena medida reglado por el Estado a través de la LOPJ, sin olvidar las competencias del Ministerio de Justicia. Concretamente se realizan al efecto en la citada sentencia las siguientes consideraciones: a) Las competencias que asuman las CCAA por el juego de la cláusula nunca pueden entrar en el núcleo de la Administración de Justicia en sentido estricto (núcleo duro) en razón de lo dispuesto en el art. 149.1.5 CE b) Tampoco pueden las CCAA actuar en el ámbito de la *administración de la Administración de Justicia* en aquellos aspectos que la LOPJ reserva a órganos distintos del Gobierno o de alguno de sus departamentos c) La asunción de las facultades que corresponden al Gobierno encuentra un límite natural: el propio ámbito territorial de la CA. Y d) La remisión se realiza a las facultades del Gobierno, lo que, en consecuencia, identifica las competencias asumidas como de naturaleza de ejecución simple y reglamentaria, excluyéndose en todo caso las competencias legislativas.

En cuanto a la dotación de medios materiales –entendiendo por tales todos aquellos elementos que al margen de lo personal sean imprescindibles para crear la infraestructura necesaria para la prestación del servicio público de la Justicia– el CGPJ quedó marginado de toda competencia en su gestión, siendo su única actuación posible la de incluir en la Memoria Anual –que debe remitir a las Cortes Generales– una relación de las necesidades que a su juicio existan en materia de recursos en general para el correcto desempeño de las funciones que la CE y las Leyes asignan al Poder Judicial (arts. 109.1 y 37. 2 LOPJ).

Por el contrario, la virtualidad de la cláusula subrogatoria, preexistente en la mayoría de los Estatutos de Autonomía ya con anterioridad, aparece como plena después de la STC 56/90. Ello explica que la mayor parte de los Estatutos de Autonomía hayan ido incluyendo en su texto la llamada *cláusula subrogatoria*, en virtud de la cual la CA ejercerá en su territorio las facultades que las Leyes (LOPJ y LOCGPJ) reconozcan, reserven o atribuyan al Ministerio de Justicia, y ello en principio sin distinción, tanto en provisión del personal al servicio de la Administración de Justicia (otros funcionarios y empleados de la Oficina judicial) como de los medios materiales y económicos necesarios para su funcionamiento. Y cabe afirmar que la totalidad de los Estatutos de las CCAA realizaron una explícita regulación del Poder Judicial en el ámbito de sus respectivos territorios³⁹.

³⁸ Criterio asimismo confirmado en otras resoluciones posteriores: STC 105/2000, de 13 de abril; STC 253/2005, de 10 de octubre; y STC 270/2006, de 13 de septiembre.

³⁹ *Vid.*, entre otros trabajos al respecto, ORTUÑO NAVALÓN, C., “La Justicia ante el nuevo diseño del Estado autonómico”, cit., pp. 1 y ss. También SAIZ GARITAONANDIA, A., *La*

Es interesante destacar asimismo que dicha STC declara inconstitucional el apartado 4 del art. 37 LOPJ en su redacción originaria, que disponía textualmente: *Los recursos propios que las Comunidades Autónomas destinen a las mismas finalidades deberán recogerse en un programa anual que será aprobado, previo informe favorable del Consejo del Poder Judicial, por la correspondiente Asamblea Legislativa.* La anulación de este apartado se basa en que con él se anula la autonomía financiera y organizativa del ente territorial: FJ12: *La financiera porque al subordinar la atribución de recursos autonómicos al informe favorable del CGPJ, mientras que esta misma subordinación no se establece respecto de los recursos aportados por el Estado, se coloca a las CCAA en este aspecto en una posición desigual, carente de justificación. Y también es contraria a la autoorganización de las CCAA la regulación de extremos de procedimiento interno de aprobación del uso de recursos propios que se vincula a la Asamblea legislativa, que será lo normal. No es la Ley estatal el instrumento adecuado para regular esta materia, que queda reservada a la regulación propia de las CCAA de acuerdo con los Estatutos, según lo previsto en los arts. 1547.1.c y 148.1 de la CE.* Y, como continuación de ese difícil equilibrio, la redacción del art. 37 LOPJ ha sufrido otros diversos avatares desde su redacción originaria, aparte de la mencionada declaración de inconstitucionalidad de su apartado 4⁴⁰.

Pero lo cierto es que la declaración de exclusividad así entendida choca con lo establecido al respecto en los diversos Estatutos de Autonomía aprobados antes de la LOPJ, y choca asimismo con iniciativas posteriores, destacando las pretensiones del Estatuto de Cataluña con su reforma de 2006, pero que también están presentes en otros Estatutos de Autonomía.

En el año 2004 comienza su andadura la oleada de reforma de diversos Estatutos de Autonomía, rompiendo la brecha la reforma del Estatuto de Valencia (LO 1/2006, de 10 de abril) y de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio). Posteriormente, y ya en el año 2007 hay que mencionar: Lo 1/3/2007, de 28 de febrero (reforma del Estatuto de Islas Baleares); LO 2/2007, de 19 de mayo (reforma del Estatuto de Andalucía); LO 5/2007, de 20 de abril (reforma del Estatuto de Aragón); y LO 14/2007, de 30 de noviembre (reforma del Estatuto de Castilla y

Administración de Justicia en las CCAA. Situación actual y propuestas de reforma, ed. Tirant lo Blanch, 2009.

⁴⁰ A saber. Con la LO 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la LOPJ, la iniciativa permite al Gobierno estatal determinar reglamentariamente el campo de actuación del Ministerio de Justicia y el de las Atonomías a la hora de regular los Cuerpos nacionales, en un modelo confuso y complejo en el que en cada caso habrían de coincidir tres sujetos: CGPJ, Ejecutivo estatal y Ejecutivo autonómico. El Libro Blanco de la Justicia del año 1997 intentó mitigar tales tendencias, propiciando la sustitución de los cuerpos nacionales por cuerpos autonómicos, a excepción de los Secretarios judiciales, si bien no se alcanzó el objetivo, como tampoco se consiguió con el Pacto de Estado por la Justicia del año 2001, que señalaba algunas novedades en este punto. Posteriormente en el año 2003 se modifica el art. 37 por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, suprimiéndose el apartado 3, y modificando el contenido de los dos apartados subsistentes, que pasan a tener la siguiente redacción: 1. *Corresponde al Ministerio de Justicia o al órgano competente de la comunidad autónoma con competencias en materia de justicia proveer a los juzgados y tribunales de los medios precisos para el desarrollo de su función con independencia y eficacia.* 2. *A tal efecto, el Consejo General del Poder Judicial remitirá anualmente al Ministerio de Justicia o al órgano competente de la comunidad autónoma con competencias en materia de justicia una relación circunstanciada de las necesidades que estime existentes.*

león). Posteriormente se sumarían otros⁴¹. Y así la totalidad de los Estatutos de las CCAA fueron incorporando entre sus instituciones una explícita regulación del Poder Judicial en el ámbito de sus respectivos territorios, de modo que las reformas estatutarias de los comienzos del siglo XXI establecieron importantes innovaciones en este punto, planteando especiales problemas las previsiones afectantes a las competencias de los TTSSJJ (la atribución en exclusiva al TSJ del recurso de casación para la unificación de la interpretación del Derecho autonómico y de revisión contra resoluciones dictadas por órganos judiciales de la respectiva CA y su participación en la designación del Presidente de los Consejos de Justicia); de los Consejos Judiciales (órganos representantes del CGPJ en la CA y que actúan como órganos *desconcentrados* del CGPJ- pero que, en realidad, dada su composición y funciones, no son órganos subordinados y dependientes del CGPJ sino plenamente autónomos), y la competencia normativa en materia judicial.

2. El paradigma del problema: sobre el modelo de Justicia del Estatuto de Cataluña y sus consecuencias hasta hoy

Cabe recordar que el Proyecto de reforma del Estatuto de Cataluña fue aprobado en Cataluña con el apoyo de todos los partidos políticos excepto el PP y que, tras sufrir algunos cambios en el Congreso de los Diputados, pasó un referéndum en Cataluña en el mes de julio de 2006. Pero la reforma pretendida quedó desactivada en el TC, tras la interposición de varios recursos de inconstitucionalidad en relación con diversos preceptos de la Ley de Reforma estatutaria por parte del PP, del Defensor del Pueblo y de cinco CCAA (Aragón, Baleares, Valencia Murcia y La Rioja).

La tramitación de dicho recurso en el TC fue muy lenta, pues la Sentencia no se dictó hasta el año 2010, existiendo diversas complicaciones desde el principio, con toda una ola de recusaciones cruzadas que alargaron el proceso, así como diversos problemas por vacantes, etc. Finalmente la STC 31/2010, de 28 de junio, en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña⁴², declaró inconstitucionales 14 artículos, entre ellos los afectantes a la materia de Justicia.

Hay que decir que ciertamente el alcance del impacto del Proyecto de reforma del Estatuto de Cataluña sobre el modelo de Poder Judicial diseñado en la CE era profundo e irreversible,

⁴¹ Vid. TORRES MURO, I., “Las competencias autonómicas en materia de Justicia”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 139, 2008, pp. 471 y 472. También PORRAS RAMÍREZ, J.M., “La Justicia en los Estatutos de Autonomía de segunda generación”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 24, 2009. Y SERRA CRISTÓBAL, R., “El proceso de adecuación de la Justicia al Estado Autonómico (Las proposiciones de reforma de los Estatutos vasco, catalán y valenciano en materia de Justicia)”, en op.col. *La reforma de los Estatutos de Autonomía*”, op.col. Ruiz-Rico Ruiz, G. (Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, 2006.

⁴² Como curiosidades de la misma, cabe mencionar que ocupa casi 900 folios, que hubo 4 votos particulares que consideraron *demasiado benevolente el fallo*, y que hubo también un quinto voto en sentido contrario. La bibliografía en la materia es amplia, pudiendo citar los siguientes trabajos: ELÍAS MÉNDEZ, C., “Aproximación a la STC sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 10, 2010; PULIDO QUECEDO, M., *Estatuto de autonomía de Cataluña. Anotado con la jurisprudencia sistematizada de la STC 31/2010, de 28 de junio*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

si se tiene en cuenta que su contenido venía a afectar a la columna vertebral del Poder Judicial⁴³. Ya desde el enunciado del Título III del Proyecto era problemático, pues bajo el enunciado expreso de “Del Poder Judicial en Cataluña”, hacía referencia al TSJ y el Fiscal Superior de Cataluña en términos alejados de las previsiones de la LOPJ; al Consejo de Justicia de Cataluña, alejado de las previsiones del CGPJ; y a las competencias de la Generalitat sobre la Administración de Justicia en términos incompatibles con las disposiciones contenidas en la LOPJ y su desarrollo doctrinal constitucional.

Lo cierto es que la regulación de todas las materias mencionadas eran susceptibles de alguna suerte de tacha de inconstitucionalidad. En unos casos el precepto vulnerado era el art. 122.1 CE, que establece la reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial para la determinación de la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales: así sucede con la atribución de competencias al TSJ en materia de recursos extraordinarios; sucede asimismo con la regulación relativa al nombramiento del Presidente del TSJ y de los Presidentes de Sala –a partir de una terna a presentar por el nuevo Consejo de Justicia–, materia esta que incide en la estructura orgánica del TSJ afectando al principio de unidad jurisdiccional como base de la organización de los Tribunales y en consecuencia su regulación corresponde a la LOPJ ex art. 122.1 CE; y lo mismo cabe decir, en fin, de la creación de la nueva Sala de Garantías Estatutarias en el TSJ, que también vulnera el principio de reserva de Ley a favor de la LOPJ; o de la regulación de la Justicia de Proximidad, que correspondería en todo caso a la LOPJ. En otros casos, el precepto vulnerado es el art. 122.2 CE: la propia creación del Consejo de Justicia de Cataluña, como un órgano desconcentrado del CGOJ, por cuanto tal regulación afecta al CGPJ y requiere reserva de la LO reguladora del CGPJ. Asimismo, la creación del llamado “Fiscal o la Fiscal Superior de Cataluña” no se coherencia con el principio de reserva de regulación del EO del MF a favor del Estado, establecido en el art. 124.3 CE ni con los principios definidos en el art. 124.2, relativos a la unidad de actuación y dependencia jerárquica del MF, imposibles de compatibilizar con la regulación proyectada. Tampoco se respeta el art. 152.1.II CE en su mandato de que las disposiciones contenidas en los Estatutos en materia de organización de las demarcaciones judiciales del territorio se sujeten a las previsiones contenidas en la LOPJ –y siempre dentro de respeto a la unidad e independencia del Poder Judicial. Y ello en la medida en que las normas estatutarias afectantes a la Demarcación y Planta y capitalidad judiciales contienen una regulación diferente a la que sobre esta materia contiene el art. 35 de la LOPJ.

Consciente el propio legislador autonómico de la abierta inconstitucionalidad de prácticamente todas las disposiciones contenidas en el Título III, y advertido por el propio Consejo Consultivo de Cataluña, encontró una fórmula con la que esquivar el problema: la Disposición Adicional Novena, que bajo el enunciado de “Modificación de Leyes para la efectividad plena del Estatuto”, venía a imponer la necesaria reforma de la LOPJ y Ley reguladora del Estatuto Orgánico regulador del Ministerio Fiscal para que pudiera tener efectividad plena.

Aunque resulte sorprendente, hemos dicho que el Estatuto fue aprobado. Y debe recordarse también que el Texto catalán se convirtió en inspirador de otros Estatutos reformados en

⁴³ GONZÁLEZ GRANDA, P., “Sobre el modelo de justicia en el Proyecto de Estatuto de Cataluña”, *Diario La Razón*, 7 de octubre de 2005.

fechas inminentes posteriores: es el caso del Estatuto de Andalucía, aprobada también su reforma en noviembre de 2006, con disposiciones en materia de Justicia bastante similares.

Sin poder adentrarnos aquí en el debate político, es oportuno destacar –como comentario recurrente y seguramente certero– que los efectos posteriores a la STC 31/2010 están en el origen, entre otros factores, del crecimiento exponencial del independentismo catalán de la última década. Ello es así, por cuanto resulta indudable que la creación de *Poderes Judiciales paralelos* al Poder Judicial estatal resulta una pretensión que solo cabe sostener desde tales premisas separatistas, dado que es absolutamente incongruente con los postulados constitucionales vigentes en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiar de Luque, I.: “Poder Judicial y Reformas estatutarias”, *Revista General de Derecho Constitucional*, Nº 1, 2006.
- Alarcón Ruiz-Jiménez, A.: “El Poder Judicial y el régimen jurídico-administrativo de los funcionarios”, en *Cuadernos para el diálogo*, XVII extraordinario, dic.1969, ‘Justicia y Política’.
- Almagro Nosete, J.: “Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución”, en *Lecturas sobre la Constitución española*, I, 1978.
- Almagro Nosete, J.: “El Derecho Procesal en la nueva Constitución”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1978, Nº 4.
- Alzaga Villamil, O.: “El Poder Judicial en las Constituciones españolas”, en *XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, 2003.
- Andrés Ibáñez, P. y Movilla Álvarez, C.: *El Poder Judicial*, Ed. Tecnos, 1986.
- Ballbé, M.: “Orden público y militarismo en la España Constitucional (1812-1893)”, *El Ciervo: revista mensual de pensamiento y cultura*, Nº 403-404, 1984.
- Carnelutti, F.: “Limiti della giurisdizioni del giudice italiano”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1931, II.
- Celaya Ibarra, A.: “Poder Judicial y Estado de las autonomías”, *Revista del Poder Judicial, Número especial XI (El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la sociedad)*, 1990.
- Chiovenda, G.: “Jurisdicción ordinaria y Jurisdicciones especiales”, en *Principios de Derecho Procesal*, ed. traducida J. Casais y Santaló (1ª ed.), Instituto Editorial REUS, T.I.
- Conde-Pumpido, C.: “Justicia-Poder”, *Revista de Derecho Judicial*, oct.-dic. 1960.
- De la Vega Benayas, C.: “Moral, estilo y función judicial”, *Revista de Derecho Judicial*, enero-marzo, 1961.
- Del Cacho Frago, A.: “Gobierno interno de Tribunales y Juzgados”, *Revista Poder Judicial*, Nº V especial.
- Dranguet, A.: *Responsabilidad e independencia del Poder Judicial*, Ed. Justicia, S.A., Madrid, 1930.
- Ensor, R.C.K.: “Jueces y Tribunales en Inglaterra, Francia y Alemania”, *Revista de Derecho Privado*, 1935.

- Fairén Guillen, V.: *Doctrina general del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Ed. Bosch, 1990.
- Fernández Segado, F.: *Las Constituciones históricas españolas (un análisis histórico-jurídico)*, Ed. Civitas, 1986.
- García de Enterría, E.: En las sucesivas ediciones de su *Curso de Derecho Administrativo*, por primera vez 1983, I, Ed. Civitas.
- Gimeno Sendra, V.: *Fundamentos de Derecho Procesal*, Ed. Civitas, 1981.
- Gómez de la Serna, R.: “Del Poder Judicial, de sus relaciones con los demás Poderes y las condiciones y deberes de los que lo ejecutan”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1869.
- González Granda, P.: *Independencia del Juez y control de su actividad*, Ed. Tirant lo Blanch, 1993.
- González Granda, P.: “El (difícil) papel del Tribunal Supremo en la doctrina impugnatoria de los autos de Sobreseimiento Libre: algunos supuestos paradigmáticos”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Vol. 3, 2018.
- González Granda, P.: “Los Acuerdos Plenarios no jurisdiccionales del Tribunal Supremo y la reforma del sistema impugnatorio de autos definitivos en el orden penal”, *Revista General de Derecho Procesal, Iustel*, mayo 2019.
- Granados Pérez, C.: *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para Unificación de la Jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.
- Justicia Democrática: *Los Jueces contra la Dictadura (Justicia y Política en el franquismo)*, Tucarc Ediciones, 1978.
- Latour, B.: “Unidad de Jurisdicciones”, *Revista de Derecho Judicial*, 1970-1971.
- Ledesma Bartret, F.: “El gobierno del Poder Judicial”, en *El gobierno de la justicia. El Consejo General del Poder Judicial*, op.col. E. Pedraz Penalva (Coord.), 1996.
- Ledesma Bartret, F.: “Sobre el Consejo General del Poder Judicial”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº 70, 2017.
- Manjón-Cabeza Cimedá, A.: “Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo? A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 10, 2008.
- Montero Aroca, J.: “Autonomía del Poder Judicial e independencia del Juez”, en *Libro-Homenaje a Gabaldón López*, Madrid, 1990.
- Ortuño Navalón, C.: “La Justicia ante el nuevo diseño del Estado autonómico”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Nº 22, 2008.
- Peces-Barba, G.: *La Constitución de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres (Ed.), 1981.
- Pedraz Penalva, E.: “Reflexiones sobre el Poder Judicial y el Proyecto de Ley Orgánica”, *Documentación Jurídica*, Nº 42-44.
- Pizzorusso, A.: “La experiencia italiana del Consejo Superior de la Magistratura”, *Jueces para la democracia*, Nº 24, 1994.
- Prieto-Castro y Ferrándiz, L.: “El autogobierno de la magistratura”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Nº 2, 1970.

- Rodríguez Fernández, R.: “A propósito del nombramiento de los Vocales de procedencia judicial del Consejo General del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, Nº 9769, Sec. Tribuna, 13 de enero de 2021.
- Romani Calderón, J.: quien –en el año 1927– expresaba que *en España, como en la mayor parte de los países continentales, no hay cuestión: existe Administración de Justicia (...) y no Poder Judicial*, en “Función Judicial o Poder Judicial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nov. 1927.
- Saiz Garitaonandia, A.: *La Administración de Justicia en las CCAA. Situación actual y propuestas de reforma*, Ed. Tirant lo Blanch, 2009.
- Serra Cristóbal, R.: “El proceso de adecuación de la Justicia al Estado Autonómico (Las proposiciones de reforma de los Estatutos vasco, catalán y valenciano en materia de Justicia”, en op.col. *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, op.col. G. Ruiz-Rico Ruiz (Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, 2006.
- Tomás y Valiente, F.: “Poder Judicial y Tribunal Constitucional”, *Poder Judicial*, Nº XI especial.
- Torres Muro, I.: “Las competencias autonómicas en materia de Justicia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 139, 2008.
- Vicente y Caravantes, J.: *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la Ley de Enjuiciamiento*, T.I, Imprenta de Gaspar y Roig, Editores, 1856.
- Virgala Foruria, E.: “El Poder Judicial en las CCAA”, en op.col. *Poder Judicial y unidad jurisdiccional en el Estado autonómico*, CGPJ, 2006.

Visión constitucional del fiscal instructor en el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

Andrea Jamardo Lorenzo

Investigadora predoctoral. Universidad de León

Recibido

1 febrero 2021

Aceptado

15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Ministerio Fiscal;
Instrucción penal,
Anteproyecto LECrim
2020; Constitución
española.

KEYWORDS

Public Prosecutor;
Criminal
investigation; 2020's
Criminal Proceeding's
Draft Law; Spanish
Constitution.

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto aportar un apunte constitucional de la figura del Fiscal instructor, a la luz del reciente Anteproyecto de LECrim 2020, así como la realización de una comparativa del sistema de investigación instaurado en el actual Anteproyecto frente a los sistemas de los textos pre-legislativos de 2011 y 2013.

Constitutional vision of the investigating prosecutor in the new Draft Bill of Criminal Prosecution Law of 2020

Abstract

This essay's purpose is a constitutional view about Criminal Prosecutor's figure at the new 2020's Criminal Proceeding's Draft Law. Also, it offers a comparative between the criminal investigation at the current Criminal Proceeding's Draft Law and at the previous 2011's and 2013's drafts.

I. Introducción: la regulación del Ministerio Fiscal en la Constitución – II. El camino hacia una investigación dirigida por el Ministerio Fiscal: 1. Evolución legislativa; 2. ¿Está justificada la reforma procesal?: 2.1. Delimitación de las funciones del Ministerio Fiscal en relación con la potestad jurisdiccional; 2.2. Un argumento fundamental: la Fiscalía Europea – III. La regulación del Ministerio Fiscal en el Anteproyecto de LECrim 2020 vs. el Anteproyecto de 2011 y el borrador de 2013: 1. Organización de la fiscalía encargada de la investigación; 2. Desarrollo de la fase de investigación: 2.1. La investigación preliminar; 2.2. La investigación oficial y la primera comparecencia de la persona investigada; 2.3. Conclusión de la investigación; 2.4. Relación entre Ministerio Fiscal y Policía Judicial; 3. Fiscal instructor, Juez de Garantías y Juez de la Audiencia Preliminar – IV. Conclusiones – Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Durante décadas, uno de los debates de mayor repercusión entre la doctrina procesalista se ha centrado en la discusión acerca de la idoneidad de la figura del Fiscal instructor. En la actualidad se puede afirmar que ese debate ya ha sido superado y la doctrina mayoritaria considera necesario romper con el sistema de instrucción judicial para dar paso a un nuevo sistema de instrucción penal dirigido por el Ministerio Fiscal.

Han sido numerosas las voces críticas con la figura del juez instructor a lo largo de estos últimos años, circunstancia que ha motivado la evolución hacia el cambio en nuestro sistema procesal penal. El otorgamiento de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal se configura como uno de los cambios de mayor ambición que busca el Anteproyecto de LECrim 2020, no obstante, esta atribución no es un planteamiento repentino en el camino legislativo, sino que es fruto de una cierta evolución.

Los anteriores textos pre-legislativos de 2011 y 2013, así como los numerosos estudios efectuados al respecto por la doctrina, han ido configurando el futuro de la figura del Fiscal instructor en nuestro proceso penal, de modo que el Anteproyecto actual ha disfrutado de diversos modelos para la configuración de la nueva fase de instrucción dirigida por el Ministerio Fiscal y, como se analizará en el contenido del presente trabajo, ha procurado aprovechar lo mejor de cada una de las anteriores proposiciones que se han efectuado hasta la fecha.

Los fundamentos para la transformación de nuestro sistema de instrucción penal son variados, configurándose en su generalidad para la instauración de un sistema moderno y más garantista que el actual, ya que reforma opera en aras de una mayor adecuación de la instrucción penal a la Constitución Española de 1978.

Otro de los motivos de mayor repercusión se refiere a la necesidad de armonización de nuestro sistema penal con los países de la Unión Europea, pues la singularidad de la investigación criminal en España, en contraposición con los países de nuestro entorno, se identifica con la conservación de la vigencia del sistema de instrucción judicial. A mayores, la aprobación del Reglamento de la Unión Europea para la creación de la Fiscalía Europea supone un aliciente más, y de vital importancia, en el camino hacia la instauración de un sistema de instrucción dirigido por el Ministerio Fiscal.

Para el análisis del objeto planteado en este trabajo, partimos de la base de la regulación constitucional del Ministerio Fiscal. El art.124 CE configura al Ministerio Fiscal como el promotor de la acción de justicia en defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la Ley. Y, además, su actividad debe regirse por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad (principios recogidos, asimismo, en el art. 2 de su Estatuto Orgánico).

Por un lado, se identifica al Ministerio Fiscal como el promotor de la acción de justicia. Esta característica, si bien no legitima al fiscal de forma directa para la dirección de la instrucción, lo cierto es que deja abierta la posibilidad para la asunción de la misma. Pues, ¿no resultaría

lógico otorgar la investigación de las causas penales a aquella institución que, caracterizada por su sujeción a la legalidad e imparcialidad, se configure como promotora de la acción de justicia?¹

Por otro, el Ministerio Fiscal está sujeto a los principios de unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad. Habrá que analizar si estos principios son compatibles con la dirección de la investigación criminal.

Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica se encuentran íntimamente relacionados, puesto que la unidad de actuación es consecuencia de una actuación armonizada entre los distintos fiscales en consonancia con el principio de dependencia jerárquica. En este punto, DEL POZO PÉREZ se pregunta si es compatible la imparcialidad en una institución en la que sus miembros, en su organización interna, no disfrutaban de independencia². Para contestar a este interrogante, debemos diferenciar, en primer lugar, el concepto de imparcialidad del de dependencia jerárquica.

El principio de imparcialidad conlleva que el Ministerio Fiscal actúe con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados (art. 7 EOMF)³. Se instaura una imparcialidad de carácter subjetivo, en tanto que el Ministerio Fiscal debe actuar sin ostentar interés particular alguno en el asunto, necesariamente su interés debe estar en la defensa de la legalidad⁴.

El hecho de que una institución se rija por un principio de dependencia interna no implica, de forma automática, la pérdida de la imparcialidad, sino que esta dependencia jerárquica donde juega un papel importante es en la unificación de criterios de la institución⁵. El

¹ En relación con esto, FUENTES SORIANO sostiene que, en base a la lógica procesal y en atención al fin principal de la instrucción –siendo este fin el de investigar los hechos en los que se fundamenta la acusación– debería ser el Ministerio Fiscal, como órgano acusador, quien ejercitase, de forma libre y autónoma, los actos de investigación necesarios para formular su acusación. Vid. FUENTES SORIANO, O., “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso”, en: *La reforma del Proceso Penal*, ASENSIO MELLADO, J. M. (dir.) y FUENTES SORIANO, O. (dir.), Wolters Kluwer, 2011, p. 201.

² DEL POZO PÉREZ, M., “Algunos inconvenientes de la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal”, en: *Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*, MORENO CATENA, V. (dir.), Tirant lo Blanch, 2015, pp. 70-71.

³ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal del Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 131, afirma que se trata de un “precepto carente de utilidad que solo aporta confusión al desarrollo del principio constitucional de imparcialidad”, en tanto que incorpora el concepto de independiente en relación con la actividad del fiscal, siendo esta característica incompatible con la regulación constitucional del Ministerio Fiscal donde se recoge el principio de dependencia jerárquica.

⁴ CÁMARA RUIZ, J., “Personal no jurisdiccional” en: *Introducción al Derecho Procesal*, 10ª edición, ORTELLS RAMOS, M. (dir.), 2020, p. 203.

⁵ Para GONZÁLEZ CANO que el Ministerio Fiscal se rija por el principio de dependencia jerárquica resulta ventajoso para el desarrollo de la política criminal, en tanto que la dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal puede garantizar una política criminal “clara, coherente y homogénea” en todo el territorio nacional y finalizar la posibilidad de una “aplicación fragmentaria de muchas políticas criminales” que puede resultar de la investigación judicial. Vid. GONZÁLEZ CANO, M. I., “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal y nuevo modelo Procesal Penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 15, 2011, p. 55. En similares términos, CASTILLEJO

Ministerio Fiscal se rige por este principio de dependencia jerárquica porque se busca una institución unitaria, con criterios unificados y exigibles a todos sus miembros, sin perjuicio de que las decisiones adoptadas por la institución tengan que realizarse siempre con sujeción a la legalidad e imparcialidad, principios que debe cumplir cualquier miembro de la Fiscalía.

¿Es posible, por tanto, excluir la posibilidad del Fiscal instructor debido a una prohibición en la Constitución Española? No se contiene en la Constitución disposición que establezca incompatibilidades entre las funciones del Ministerio Fiscal y la asunción de la dirección de la investigación. Tampoco la regulación constitucional contiene ningún precepto que esclarezca esta cuestión, de forma determinante, por lo que serán otras las disposiciones constitucionales que nos ayuden a resolver el interrogante.

II. EL CAMINO HACIA UNA INVESTIGACIÓN DIRIGIDA POR EL MINISTERIO FISCAL

1. Evolución legislativa

Afirma FUENTES SORIANO que el camino hacia la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación penal se alcanzará, en nuestro país, “por evolución y no por revolución”⁶. En similares términos y tras analizar la evolución que, a lo largo de la historia, se ha venido produciendo en el Proceso Penal, BARONA VILAR destaca el creciente protagonismo que se ha ido otorgando al Ministerio Fiscal, paulatinamente, en el proceso penal español⁷.

En este camino de evolución hacia la creación de la figura del Fiscal instructor, se han ido sucediendo distintos hitos que nos anuncian que la instrucción dirigida por el Ministerio Fiscal será una realidad: desde los intentos de reforma de la LECrim, con la aprobación de los Anteproyectos que atribuían la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal, pasando por las distintas reformas procesales que han ido otorgando un mayor protagonismo al fiscal en la fase de instrucción y hasta alguna sentencia del Tribunal Constitucional.

En efecto, en la década de los años ochenta, el TC abordó la polémica respecto al sistema de instrucción judicial, en su STC 145/1988, configurando una nueva concepción de la imparcialidad judicial circunscrita a todas las fases del proceso y no únicamente a la fase del juicio oral. Así, el TC subrayó las consecuencias que la instrucción judicial puede ocasionar

MANZANARES, R., “El Ministerio Fiscal y el Tribunal de Garantías en la investigación de los hechos delictivos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, N° 32, 2013, defiende la necesaria uniformidad en los distintos ámbitos de la criminalidad que debe extenderse en todo el territorio nacional, motivo por el cual los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, que rigen las actuaciones del Ministerio Fiscal, resultan beneficiosos a la hora de otorgar la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, destacando que la dependencia interna del Ministerio Fiscal no afecta más allá que al ámbito específico de sus órganos propios, por lo que no puede considerarse un inconveniente a la imparcialidad de la institución.

⁶ FUENTES SORIANO, O., “Sobre el Fiscal instructor...” ob. cit., pp. 195 y ss.

⁷ BARONA VILAR, S., *Proceso Penal desde la historia: desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 563 y ss.

en detrimento de la imparcialidad de los jueces y magistrados y destacó la posibilidad de un sistema alternativo al de la instrucción judicial en el marco constitucional⁸.

En el plano legislativo, como ya se ha adelantado, también se ha ido otorgando una mayor presencia del Ministerio Fiscal en las diligencias de investigación. Partiendo de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que, en su art. 6 encomienda al Ministerio Fiscal la dirección de las investigaciones en el proceso penal de menores; y pasando por las distintas reformas procesales que han ido restando funciones al juez de instrucción y otorgando mayor protagonismo al Ministerio Fiscal en distintos procedimientos (en los procedimientos por delitos leves, juicios rápidos y, de forma más discreta, en el procedimiento abreviado⁹).

Pero para justificar la necesaria evolución de nuestro sistema de instrucción, debemos recordar que ya en la propia LECrim de 1882 se mantenía cierto espíritu liberal que, no obstante, no se reflejó enteramente en el sistema de instrucción, pues el legislador de 1882 argumentó que el cambio debe ser progresivo¹⁰, instaurando, así, el sistema de instrucción judicial.

Con la Ley Penal del Menor, considerada, en su momento, un adelanto y referente para una futura reforma de la LECrim¹¹, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la figura del Fiscal instructor –en la jurisdicción del menor– y limitó el papel de los jueces, en la investigación, como tercero imparcial garante de los derechos de las partes. De esta forma, corresponde a los jueces decidir acerca de la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales (art. 23), la adopción de medidas cautelares (art. 28), la declaración del secreto del expediente (art. 24) y la de decidir acerca de la apertura del juicio oral o el sobreseimiento (art. 33).

Por tanto, la Ley Penal del Menor se configura como un referente clave para la configuración del sistema de instrucción dirigido por el Ministerio Fiscal también en la LECrim (circunstancia que podemos apreciar en los Anteproyectos de LECrim de 2011 y 2020, así como en el Borrador de 2013).

Como ya se ha adelantado, además de la Ley Penal del Menor, a lo largo de los años han surgido numerosas reformas procesales que han evidenciado la evolución hacia la instauración de un sistema de instrucción dirigido por el Ministerio Fiscal. Sin ser tan determinantes como la LO 5/2000, estas reformas mantuvieron la instrucción judicial, pero han ido limitando, poco a poco, la presencia del juez instructor en las diligencias de investigación.

⁸ GONZÁLEZ CANO, M. I., “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal...”, ob. cit., p. 46.

⁹ BARONA VILAR, S., *Proceso Penal desde la historia...*, ob. cit., pp. 563 y ss.

¹⁰ En la Exposición de Motivos de nuestra actual LECrim se defiende como lógica la configuración de un sistema acusatorio puro que, sin embargo, el legislador de 1882 no adoptó en ese momento para respetar una evolución jurídica de forma progresiva.

¹¹ En palabras de DÍAZ MARTÍNEZ, la LO 5/2000 es “un adelanto empírico de lo que podría ser la futura reforma total de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, vid. DÍAZ MARTÍNEZ, M., “El Ministerio Fiscal «Director de la Investigación» en el Proceso Penal de Menores” en: GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción*, Iustel, 2006, p. 51.

Uno de estos ejemplos se materializa con la introducción de los juicios rápidos y la reforma del Procedimiento Abreviado, en el año 2002, que implica un incremento en las funciones de la policía judicial y el Ministerio Fiscal en las investigaciones criminales, llegándose, incluso, a instaurar en los juicios rápidos una preinstrucción bajo su mando. También las distintas reformas del EOMF parecen encaminadas a la asunción de las funciones investigadoras por parte de los fiscales, por ejemplo, al igualarse las exigencias y principios que deben regir en las diligencias instructoras practicadas por el Ministerio Fiscal con las efectuadas por autoridades judiciales o al otorgarles mayor autonomía frente al Gobierno¹².

No obstante, como bien afirma FUENTES SORIANO, la sucesión de reformas procesales otorgando mayores facultades investigadoras al Ministerio Fiscal no resultan eficaces si no se les otorga el mismo valor, como diligencias de instrucción, que a las practicadas por autoridades judiciales¹³.

2. ¿Está justificada la reforma procesal?

La necesidad de efectuar una reforma integral de nuestro proceso penal no es una cuestión que haya generado controversias en la doctrina procesalista, al contrario, las diversas posiciones doctrinales se han mostrado a favor de ello¹⁴, sin perjuicio de que existan discrepancias entre los autores en relación con las concretas medidas de reforma propuestas: como se ha evidenciado en las posturas contradictorias acerca de la instrucción por el Ministerio Fiscal.

La iniciativa en relación al otorgamiento de la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal, en nuestro país, viene de la mano de autores como GIMENO SENDRA¹⁵, quien ha defendido

¹² FUENTES SORIANO, O., “Sobre el Fiscal instructor...”, ob. cit., p. 198.

¹³ La autora critica que la falta de valor instructorio conlleva una devaluación de estas actuaciones y dilación del procedimiento, como consecuencia de una posible “duplicidad de la práctica de las diligencias de investigación”, ya que la ausencia de valor procesal podría implicar que estas fuesen realizadas, en primer término, por el Ministerio Fiscal y, en segundo lugar, por el juez de instrucción. Vid. FUENTES SORIANO, O., “Sobre el Fiscal instructor...”, ob. cit., p. 201.

¹⁴ Conviene recordar que nuestra actual LECrim tiene largo recorrido desde su promulgación en 1882 y, si bien ha sido objeto de numerosas reformas parciales con el fin de adecuarse a las necesidades actuales, lo cierto es que tales reformas no han podido solventar las carencias y limitaciones de nuestro proceso penal. Vid. MARCHENA GÓMEZ, M., “Proceso penal: nuevos problemas, viejas soluciones”, *La Ley Penal*, Nº 100, 2013, p.1-2; GONZÁLEZ CANO, M. I., “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal...”, ob. cit., pp. 44-45; FUENTES SORIANO, O., “Sobre el Fiscal instructor...” ob. cit., pp. 192-193; GIMENO SENDRA, V., “La reforma de la LECrim y la posición del M.F. en la investigación penal”, en: GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción, Iustel*, 2006, pp. 23-24.

¹⁵ En efecto, ya en la década de los años ochenta, advertía que “en nada se opondría a la Constitución el que, en un futuro, determinadas diligencias de la instrucción pudieran ser encomendadas al Ministerio Fiscal”, vid. GIMENO SENDRA, V., *Constitución y proceso*, Tecnos, 1988, p. 68. Este no es su único alegato a favor de la instrucción por el Ministerio Fiscal, sino que, en trabajos posteriores y en similares términos, ha ido defendiendo la instauración de un sistema de instrucción dirigido por el Ministerio Fiscal. Así, en diversas obras efectúa una revisión crítica a nuestro sistema procesal penal, aportando una serie de medidas de reforma, entre las que se puede localizar la propuesta de otorgar la dirección de la instrucción a los fiscales, vid. GIMENO SENDRA, V., “La

la necesidad de instaurar en nuestro ordenamiento la figura del fiscal instructor décadas atrás, siendo uno de los impulsores del debate en torno a esta cuestión.

Pero, ¿cuáles han sido los motivos aportados para la justificación de la reforma procesal en aras de otorgar la instrucción a los fiscales? Se pueden sintetizar en los siguientes:

- a. *Ruptura definitiva con el proceso inquisitivo.*
- b. *Consagración del principio acusatorio.*
- c. *Fortalecimiento de la independencia e imparcialidad judicial.*
- d. *Fortalecimiento del Derecho de Defensa.*
- e. *Celeridad de la Instrucción.*

En primer lugar, se sostiene que el actual sistema de instrucción judicial implica un enorme detrimento de los principios de independencia e imparcialidad judicial, en tanto que se atribuye al juez instructor funciones tan heterogéneas como la de instruir y, al mismo tiempo, actuar como garante de los derechos y libertades fundamentales. Esta dualidad competencial, además, se concibe como una característica propia del sistema inquisitivo¹⁶.

Se construyen, así, los primeros argumentos en contra del sistema de instrucción judicial y se subraya la necesidad de fortalecer el principio acusatorio¹⁷, que tendrá como consecuencia la ruptura con las notas inquisitivas que se mantienen vinculadas a nuestro proceso penal a través de la figura del juez instructor y el fortalecimiento de los principios de independencia e imparcialidad judicial.

En efecto, romper con estas notas inquisitivas implica la ausencia de la dualidad competencial que caracteriza al juez instructor, porque se situará al juez en una posición de real y efectiva imparcialidad –ya no tendría conocimiento de las investigaciones y únicamente se le otorgarían funciones de garante–, lo que tiene como consecuencia directa el fortalecimiento de la independencia judicial.

Partiendo de la base de que el Ministerio Fiscal es parte acusadora, parece lógico cuestionar el debilitamiento del Derecho de Defensa. Sin embargo, debemos recordar que, en el proceso penal, se encuentra vigente el derecho a la presunción de inocencia, circunstancia que impone la carga de la prueba a las partes acusadoras y que conlleva para la acusación una mayor necesidad investigadora¹⁸. Hay que destacar, no obstante, que la dirección de la investigación se otorgará a una institución sujeta a la imparcialidad y la legalidad, por lo que ejercerá sus labores investigadoras con plena objetividad. Sin perjuicio de lo anterior, también resulta imprescindible configurar un sistema que permita a las defensas ejercer su derecho de

reforma de la LECrim y la posición del M. F...”, ob. cit., pp. 34 y ss.; GIMENO SENDRA, V., *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, AEBOE, 2020, p. 50 y ss.

¹⁶ GONZÁLEZ CANO, M. I., “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal...”, ob. cit., p. 53.

¹⁷ La consagración del principio acusatorio, como se ha visto, tiene como consecuencia directa, por un lado, posicionar al Ministerio Fiscal como director de la instrucción y, por otro, la ruptura con las notas inquisitivas, esto es así debido a que, al situar el juez en una posición de imparcialidad real, se suprime la estrecha relación existente entre juez y acusación. Vid. GIMENO SENDRA, V., “La reforma de la LECrim y la posición del M. F...”, ob. cit., pp. 33-34.

¹⁸ FUENTES SORIANO, O., “Sobre el Fiscal instructor...”, ob. cit., pp. 212-214.

defensa con plena efectividad: para ello, tendrán a su disposición –además de las facultades del ejercicio del derecho de defensa– al Juez de Garantías, quien, situado en una posición de tercero imparcial, garantizará el total respeto a sus derechos y libertades.

Todos estos propósitos tienen como nexo de unión el respeto al derecho a un proceso con todas las garantías¹⁹, consagrado en la CE. GONZÁLEZ CANO afirma que, en definitiva, otorgar la dirección de la investigación a los fiscales significa dotar al proceso penal de una clara dimensión garantista, además de configurarse como un sistema capaz de combinar “la sujeción imparcial a la legalidad vigente con la mayor unidad de actuación en la ejecución de la política criminal”²⁰.

2.1. Delimitación de las funciones del Ministerio Fiscal en relación con la potestad jurisdiccional

Partimos de la base, abordada en el punto introductorio de este trabajo, de que en la Constitución Española no se establece ningún precepto que esclarezca, de forma determinante, la cuestión relativa al otorgamiento de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal; circunstancia por la que debemos recurrir a otras disposiciones constitucionales que ayuden a resolver la problemática habida en este punto.

Lo primero que habrá que plantear es la naturaleza jurídica de dicha fase²¹, cuestión íntimamente relacionada con el debate acerca de a quién debe otorgarse la competencia para instruir los procesos penales. Lo cierto es que se trata de una fase compleja, donde se practican diligencias diversas y de distinta naturaleza: por un lado, la investigación de los hechos que revisten carácter delictivo y del presunto autor de los mismos y, por otro, diligencias con injerencia en los derechos y libertades fundamentales de las partes²² y que constituyan verdaderos actos jurisdiccionales.

Es imprescindible diferenciar estos dos grupos de actuaciones que se pueden practicar en una investigación penal, ya que es justo ahí donde se habrá de poner el acento a la hora de determinar qué límites rigen en una posible investigación a cargo del fiscal.

El primer grupo de actuaciones abarca la generalidad de diligencias que se efectuarán en la instrucción, como fase de investigación que es, mientras que el segundo grupo se refiere, por un lado, a las diligencias limitativas de derechos fundamentales y, por otro, a los actos que

¹⁹ En este punto, CASTILLEJO MANZANARES sostiene que “la necesidad de la reforma para por conectar el principio acusatorio, el derecho de defensa y el derecho a un proceso con todas las garantías, sin perder de vista por ello las exigencias de celeridad y eficacia”. Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Ministerio Fiscal y...”, ob. cit., p. 5.

²⁰ GONZÁLEZ CANO, M. I., “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal...”, ob. cit., p. 57.

²¹ Todavía no se ha podido alcanzar consenso doctrinal en torno a la naturaleza jurídica de la fase de instrucción: para una parte de la doctrina se trata de una fase de naturaleza administrativa (en base a la intervención de órganos no jurisdiccionales), otro sector doctrinal la entiende como una fase con carácter jurisdiccional y, finalmente, hay quienes defienden su carácter mixto. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.L., “La instrucción del proceso: su estructura esencial” en: VV.AA., *Derecho Jurisdiccional III*, 27ª edición, Tirant lo Blanch, 2019, p. 134.

²² GONZÁLEZ CANO, M. I., “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal...”, ob. cit., p. 48-49.

se configuran como verdadera manifestación de la potestad jurisdiccional en la fase de instrucción: para los que la constitución prevé reserva judicial (art. 117.3 y 4 CE).

¿Pero qué se considera potestad jurisdiccional? La CE, en su art. 117.3, la identifica con la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, otorgándose en régimen de exclusividad a juzgados y tribunales.

A raíz de la base conceptual introducida por la CE acerca de la Jurisdicción, GIMENO SENDRA ofrece la siguiente definición: “Poder Judicial, compuesto por Jueces y Magistrados, a quienes por su independencia y sumisión a la Ley, la soberanía popular ha otorgado la potestad jurisdiccional y, en consecuencia, expresamente ha legitimado para la solución definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales, para el control de la legalidad y la complementación del ordenamiento jurídico”²³.

Podemos concluir, de esta forma, que la fase de instrucción no se configura como una fase esencialmente jurisdiccional –sin perjuicio de la presencia de ciertas actuaciones que se configuren como manifestaciones puntuales de la potestad jurisdiccional–, motivo por el cual no se localiza ningún tipo de reserva judicial en la Constitución para la dirección de la misma. En definitiva, no hay ningún precepto constitucional que regule qué organismo público debe hacerse cargo de la instrucción.

En cuanto a las características que deben concurrir en un órgano para merezca el calificativo de jurisdiccional son las siguientes: primero, estar institucionalmente dotado de independencia y segundo, ser titular de la potestad jurisdiccional; esto es, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado²⁴. Así, en definitiva, el Ministerio Fiscal, en el que no concurre ninguna de las mencionadas características, no puede ostentar el calificativo de órgano jurisdiccional.

Esta falta de carácter jurisdiccional en el Ministerio Fiscal es determinante en relación con las funciones que puede ostentar en el desarrollo de la investigación criminal. Como se ha mencionado anteriormente, la instrucción penal no es una fase esencialmente jurisdiccional, por lo que no requiere que sea un órgano jurisdiccional el que ostente la dirección de la misma. Aunque, pese a no tener carácter esencialmente jurisdiccional, sí se producen determinadas actuaciones en la fase de instrucción que son manifestaciones puntuales de la potestad jurisdiccional. Es ahí donde encontramos la limitación en las funciones que el Ministerio Fiscal puede desarrollar en la dirección de la investigación.

Instaurado el sistema de investigación por el Ministerio Fiscal, con supervisión del Juez de Garantías, es importante delimitar los respectivos ámbitos funcionales de una y otra figura²⁵. De esta forma, el Ministerio Fiscal podrá ejercer la dirección de la investigación criminal, siempre que se encuentre auxiliado por un Juez de Garantías que se sitúa en una posición de tercero imparcial²⁶ para la realización de aquellas actividades que sí supongan el ejercicio de

²³ GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Civitas, 1981, p. 28.

²⁴ GIMENO SENDRA, V., *Constitución y proceso*, ob. cit., p. 65.

²⁵ MARCHENA GÓMEZ, M., “Proceso penal: nuevos problemas...”, ob. cit., p. 3.

²⁶ Se sostiene que, en los sistemas de instrucción judicial, la imparcialidad judicial se ve perjudicada como consecuencia de la dualidad competencial que envuelve al juez de instrucción, al ejercer la posición de investigador y garante al mismo tiempo. Vid. GONZÁLEZ CANO, M. I., “Dirección

la potestad jurisdiccional²⁷ o que incidan de forma directa en derechos y libertades fundamentales.

En lo que se refiere a los actos propios de la actividad jurisdiccional, se puede distinguir entre las actividades jurisdiccionales puras y aquellas a las que se les reconoce el carácter jurisdiccional por conexión con estas. Así, la actividad jurisdiccional pura es la que se realiza en el acto del juicio oral (esto es, la función de juzgar)²⁸. Los demás actos jurisdiccionales lo serán por conexión con esta función principal: la adopción de medidas cautelares, decisión sobre actos con injerencia en derechos fundamentales y la decisión respecto al sobreseimiento de la causa o la apertura del juicio oral²⁹, así como los relacionados con la prueba preconstituida y anticipada.

La potestad jurisdiccional se ejercita por los miembros del Poder Judicial en régimen de exclusividad. Esta exclusividad se manifiesta en una vertiente positiva –en referencia a la atribución de la potestad jurisdiccional, de forma exclusiva y excluyente, a aquellos órganos de naturaleza jurisdiccional (art. 117.3 CE y 2.1 LOPJ)– y en otra negativa –al establecer en los arts. 117.4 CE y 2.2 LOPJ que los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que la potestad jurisdiccional, salvo aquellas otras que se les atribuyan por ley para la garantía de derechos³⁰.

Finalmente, se puede concluir que, partiendo de la regulación que la CE establece en su art. 117, la instrucción no está constitucionalmente conferida a los jueces. En este sentido, parte de la doctrina procesalista defiende que la instrucción judicial es contraria a la CE³¹, en cuanto que ésta únicamente atribuye a los jueces el ejercicio de la potestad jurisdiccional y aquellas funciones expresamente atribuidas por Ley para la garantía de derecho: no pudiendo integrarse la instrucción del proceso dentro de una de las categorías reguladas en la Constitución.

2.2. Un argumento fundamental: La Fiscalía Europea

En el año 2017 se aprobaba el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Asimismo, el 12 de octubre de 2020, se aprueba el Reglamento Interno de la Fiscalía Europea³², desarrollando aquellos aspectos organizativos que el Reglamento (UE) le había reservado.

de la Investigación por el Ministerio Fiscal...”, ob. cit, p. 53; CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Ministerio Fiscal y...”, ob. cit.

²⁷ De atribuirse la instrucción al fiscal, hay que diferenciar claramente la competencia funcional en la fase de instrucción del Ministerio Fiscal y el Juez de Garantías. Este sistema implicaría la limitación de las funciones del juez a las puramente jurisdiccionales: adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales, medidas cautelares y prueba preconstituida y anticipada. Vid. GIMENO SENDRA, V., “La reforma de la LECrim y la posición del M.F...”, ob. cit., p. 35.

²⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Jurisdicción, acción y proceso*, Atelier, 2008, p. 54.

²⁹ GONZÁLEZ CANO, M. I., “Dirección de la Investigación por el Ministerio Fiscal...”, ob. cit., p. 49.

³⁰ OTELLS RAMOS, M., “La potestad jurisdiccional” en: *Introducción al Derecho Procesal*, 10ª edición, OTELLS RAMOS, M. (dir.), Aranzadi, 2020, pp. 123-124.

³¹ GONZÁLEZ CANO, M. I., “Dirección de la Investigación por el Ministerio Fiscal...”, ob. cit., p. 53.

³² *Diario la Ley*, Nº 9778, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 26 de enero de 2021.

La Fiscalía Europea supone un mecanismo de cooperación entre la Unión Europea y los Estados miembros y se crea con la finalidad de investigar, procesar y llevar a juicio a los autores de los delitos contra los intereses financieros de la Unión y los delitos vinculados a ellos, como así se reconoce en el Considerando 11 y en el artículo 4 del Reglamento. Por tanto, la creación de la Fiscalía Europea se efectúa con el objetivo de intensificar la lucha contra este tipo de infracciones, reforzando la persecución de estas figuras delictivas al no quedar vinculados de forma exclusiva a las autoridades de los Estados miembros (considerando 12).

Esta cooperación se fundamenta en un sistema competencial distribuido entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales competentes, imponiéndose la obligación de prestarse apoyo e informarse mutuamente con el objetivo de luchar con eficacia contra las infracciones incluidas en el ámbito competencial de la Fiscalía Europea (Considerandos 13 y 14).

Las relaciones entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales se fijan en base a su estructura organizativa. Se divide en dos niveles: un nivel central (integrado por el Fiscal General Europeo, las Salas permanentes y un Fiscal Europeo por cada Estado miembro) y un nivel descentralizado (los Fiscales Europeos Delegados). De esta forma, los Fiscales Europeos actúan como enlace entre la Oficina Central de la Fiscalía Europea y los Fiscales Europeos Delegados³³.

Si bien la aprobación del Reglamento de la Fiscalía Europea de 2017 se concibe como un argumento de peso a favor de la reforma para la inclusión del Fiscal Investigador en nuestro sistema procesal penal³⁴, lo cierto es que el Reglamento no efectúa exigencia alguna en tal sentido. Tal y como se dispone en los Considerandos 12 y 15 la aprobación del citado Reglamento se efectúa de la manera menos gravosa posible para el derecho interno de los Estados miembros, de modo que, de conformidad con el principio de proporcionalidad, no se excede de lo imprescindible para alcanzar sus objetivos “y garantiza que su repercusión en los sistemas jurídicos y estructuras institucionales de los Estados miembros sea lo menos intrusiva posible” y, en concreto, éste “no afecta a los sistemas nacionales de los Estados miembros en lo que respecta al modo en que se organizan las investigaciones penales”.

No obstante, a pesar de no encontrarse en el texto un mandato directo al respecto, lo cierto es que la aprobación del citado Reglamento subrayó la necesidad de reforma de nuestro sistema procesal penal y se configuró como un último impulso para la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal, reforzando la necesidad de armonización de nuestro sistema procesal penal con los sistemas penales de los países de nuestro entorno.

³³ Los Fiscales Europeos Delegados son los encargados de dirigir la investigación en el territorio del Estado miembro de su competencia y con aplicación de su Derecho interno. Al mismo tiempo, se encuentra bajo las órdenes directas del Fiscal Europeo, por lo que los fiscales delegados se rigen tanto por su Derecho nacional como por las normas europeas.

³⁴ “La aprobación del Reglamento de la Fiscalía Europea en 2017, constituye el impulso definitivo a la reforma estructural del proceso penal español puesto que viene a introducir, por mandato directo de la Unión Europea, la figura del Fiscal Investigador en nuestro sistema jurídico” en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/241120-enlacejusticia.aspx>

El problema que suscita la compatibilidad entre la Fiscalía Europea y la instrucción judicial que, hasta la fecha, continúa vigente en España se manifiesta al otorgar a los Fiscales Europeos Delegados –quienes también se rigen por el Derecho nacional– la competencia investigadora, competencia que no se atribuye a los fiscales nacionales en nuestro país³⁵. En consecuencia, no resulta exagerado afirmar que, en el caso de España, la creación de la Fiscalía Europea ha impulsado la necesidad de efectuar la reforma procesal para atribuir la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal.

Para ello, se ha procedido a la aprobación del Anteproyecto de Ley Orgánica de la Fiscalía Europea³⁶ y se ha regulado dicho aspecto en el Anteproyecto de LECrim 2020, incorporándose un procedimiento especial para la Fiscalía Europea.

III. LA REGULACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL ANTEPROYECTO DE LECRIM 2020 VS. EL ANTEPROYECTO 2011 Y EL BORRADOR 2013

Ya se ha abordado en este trabajo la idea de que la redacción del actual Anteproyecto de LECrim, aprobado en Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020, es fruto de una progresiva evolución³⁷ legislativa, cuyos antecedentes se presentan en la LO de responsabilidad penal de los menores, el Anteproyecto de LECrim de 2011 y el Borrador de Código Procesal de 2013.

En líneas generales, el Anteproyecto de 2011 ha recibido una mayor aceptación por parte de la doctrina, circunstancia también que se evidencia al ser éste texto y no el de 2013 el que mayor inspiración ha otorgado a la redacción actual del texto de 2020.

En referencia al Borrador de 2013, se ha afirmado que éste ha cometido el error de mostrarse temeroso con la idea de otorgar al Ministerio Fiscal las herramientas imprescindibles para llevar a cabo una correcta investigación³⁸. Lo cierto es que el Borrador de 2013 ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina, siendo una de las críticas recibidas la excesiva falta de regulación. Efectivamente, en la regulación que ofrece el texto de 2013 se manifiestan diversas lagunas en la concreción de la investigación dirigida por el Ministerio Fiscal³⁹.

³⁵ ESTÉVEZ MENDOZA, L. M., “La instauración de la Fiscalía Europea como cooperación reforzada: problemas orgánicos y procesales”, *Revista de Estudios Europeos*, N° extraordinario monográfico 1, 2017, pp.113-117.

³⁶ Consultado en: <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/15779-el-consejo-de-ministros-aprueba-el-anteproyecto-para-la-nueva-lecrim-con-el-fiscal-como-unico-instructor/>

³⁷ Así se manifiesta en la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto, donde se afirma que es el resultado de «décadas de esfuerzo colectivo en la búsqueda de un sistema de justicia criminal más eficaz y garantista». Este esfuerzo colectivo no solo se ha visto reflejado en la LO5/2000 y los textos pre-legislativos de 2011 y 2013, sino que, como se ha visto en bloques anteriores de este trabajo, han influido toda una serie de hitos: desde reformas legislativas empoderando la figura del fiscal en la instrucción en distintos procedimientos, así como la contribución de diversos trabajos doctrinales sobre esta cuestión.

³⁸ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 302.

³⁹ GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, R., “La investigación penal. El Ministerio Fiscal y el Juez de Garantías”, en: MORENO CATENA (dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 32.

La redacción del Anteproyecto de 2020, por tanto, se ha efectuado partiendo de la base del Anteproyecto de 2011, así como inspirándose también en ciertos aspectos del Borrador de 2013, si bien se ha intentado mejorar las propuestas anteriores para ofrecer una alternativa con soluciones más acordes a las necesidades prácticas de la investigación penal.

En este bloque, se analizarán algunos de los aspectos más relevantes de la regulación del Ministerio Fiscal en el Anteproyecto de 2020, efectuando una tenue comparativa con sus predecesores de 2011 y 2013.

1. Organización de la fiscalía encargada de la investigación

En este punto, el Anteproyecto de 2020 se distancia tanto de lo regulado por el Anteproyecto de 2011 como por el Borrador de 2013, y opta por un modelo de investigación llevada a cabo por equipos de fiscales, organizados en estructuras colegiadas permanentes y con plena autonomía para el desarrollo de sus funciones investigadoras. Dentro de cada equipo, se designará –por turno de reparto– un fiscal responsable de la investigación en curso y un fiscal coordinador, si bien las decisiones se deberán tomar siempre de forma colegiada.

Tal y como se recoge en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2020, el funcionamiento mediante equipos pretende asegurar la unidad de criterio, la optimización de los recursos y la calidad del trabajo, potenciando la autonomía en las funciones investigadoras de los fiscales y el ejercicio de la acción pública penal. Además, la actuación colegiada también limita la intervención de los superiores jerárquicos, quienes intervendrán únicamente cuando se produzcan discrepancias de criterio en los equipos.

El pre-legislador de 2011 ya reguló los equipos de fiscales, no obstante, en un sentido bastante diferenciado de lo recogido en el actual Anteproyecto. Así, se preveía la posibilidad de que una única investigación fuese desarrollada por varios fiscales (nombrando a un coordinador de entre ellos), cuando así lo exigía la complejidad del asunto. La actuación colegiada se configuraba, por tanto, no como regla general (el caso del texto de 2020), sino como una excepción. Tal y como afirma GONZÁLEZ CANO, se dotaba a la institución de una flexibilidad organizativa en aras de garantizar una respuesta adaptada a las necesidades concretas de cada asunto y tipo delictivo⁴⁰.

Respecto a las reglas de reparto de los asuntos, en orden a determinar la fiscalía que dirigirá la investigación, el Anteproyecto de 2020 sigue las líneas marcadas por el texto de 2011, mientras que el Borrador de 2013 no establece mecanismo alguno que regule dicho aspecto; siendo este uno de las críticas que la doctrina ha manifestado en su momento: la necesidad de establecer el modo de asignación de los asuntos⁴¹.

En los textos de 2011 y 2020 pueden diferenciarse dos criterios para la determinación de la fiscalía encargada de dirigir la investigación. Por un lado, y como regla general, regirán las mismas reglas competenciales aplicables al Juez de Garantías, esto es, la fiscalía competente se designará en atención a los distintos fueros personales y territoriales fijados para la

⁴⁰ GONZÁLEZ CANO, M. I., “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal...”, ob. cit.

⁴¹ GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, R., “La investigación penal...”, ob. cit., p. 32.

determinación del juez. Además, existe otro criterio que, en atención a la complejidad del asunto o a las peculiaridades de la materia afectada, permite que la investigación se atribuya a un órgano central de la Fiscalía: ya sea una fiscalía especializada (por ejemplo, Fiscalía Anticorrupción) o a un fiscal de sala, especialista, situado dentro de la estructura de la Fiscalía General del Estado⁴².

2. Desarrollo de la fase de investigación

2.1. La investigación preliminar

La investigación preliminar de la Policía Judicial se limita exclusivamente a las actividades encaminadas a la identificación del presunto autor de los hechos delictivos. Será necesaria la intervención del Ministerio Fiscal en caso de que las actuaciones puedan interferir en la esfera de privacidad de los afectados.

2.2. La investigación oficial y la primera comparecencia de la persona investigada

El inicio la investigación oficial bajo la dirección del Ministerio Fiscal (y con el Juez de Garantías en posición de garante), se produce una vez identificado al presunto autor de la infracción criminal, ya que es ahí cuando se materializa la posibilidad de interferencia en sus libertades y derechos.

Recibida la *notitia criminis*, el Ministerio Fiscal dicta un decreto con su decisión inicial: iniciar o no el procedimiento de investigación. Únicamente puede decretar el archivo inicial de la causa cuando el hecho no es constitutivo de infracción penal. En ambos casos, se debe comunicar la decisión de forma inmediata al Juez de Garantías para que ejerza su labor de control.

La primera comparecencia de la persona investigada es un acto de garantía para el investigado. En este acto se da traslado de la primera comunicación de los hechos que presuntamente se imputan al acusado e implican los límites a la investigación del fiscal, de modo en caso de cualquier ampliación objetiva o subjetiva deberá comunicarse en un acto con las mismas características. Tras este acto, se inicia el cómputo del plazo de investigación.

En lo que respecta al acto de la primera comparecencia de la persona investigada, los textos de 2011 y 2020 siguen las mismas líneas. El Borrador de 2013, si bien no recoge de forma expresa ese acto, también incluye un mecanismo para la delimitación objetiva y subjetiva de la investigación, que se efectúa a través del decreto de apertura con identificación de los hechos y los presuntos autores (art. 244), cuya ampliación deberá efectuarse mediante decreto de ampliación (art. 248).

⁴² La redacción, en este punto, es coincidente entre los Anteproyectos de 2011 y 2020.

2.3. Conclusión de la investigación

En este punto, la redacción del actual Anteproyecto difiere levemente del texto de 2011. El pre-legislador de 2011 estableció una serie de incidentes de finalidad diversa que propició que la conclusión de la investigación fuese demasiado compleja.

En el Anteproyecto actual –y de forma similar en el Borrador de 2013–, en este punto se prevén dos posibilidades: la primera, que el Ministerio Fiscal, en su decreto conclusivo decida ejercitar acusación. En este caso, la investigación se cierra remitiendo el expediente al Juez de la Audiencia Preliminar.

Cuando el Ministerio Fiscal no considera oportuno ejercitar la acusación y las demás acusaciones discrepan de su decisión, pueden exponer ante el Juez de Garantías las razones por las que consideran viable el ejercicio de la acción penal. El juez revolverá lo planteado por las acusaciones y, en su caso, el juez podrá permitir la práctica de una investigación complementaria para la práctica de diligencias que hayan podido ser denegadas anteriormente por el Ministerio Fiscal.

2.4. Relación entre Ministerio Fiscal y Policía Judicial

La regulación de las relaciones entre el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial sigue, una vez más, las líneas marcadas por el Anteproyecto de 2011, configurando una relación de dependencia funcional, de modo que la Policía Judicial actuará en las investigaciones de acuerdo a las directrices e instrucciones del Ministerio Fiscal. Esta dependencia funcional es régimen de monopolio, de modo que la Policía Judicial se relaciona exclusivamente con el Ministerio Fiscal, sin que sea preciso ningún tipo de contacto con el Juez de Garantías. También se prevé la posibilidad de que las fiscalías contengan unidades policiales adscritas, si bien no se instaura la dependencia orgánica como sistema general.

Por otro lado, en el texto de 2020 refuerza esta relación de dependencia entre Fiscalía y Policía, permitiendo, expresamente, la posibilidad de que el Ministerio Fiscal dicte instrucciones y órdenes concretas de forma previa a la iniciación formal de la investigación.

Al contrario que en el texto actual y en el de 2011, en el Borrador de 2013 la Policía Judicial quedaba integrada orgánicamente en el Ministerio Fiscal⁴³ (art. 80 del Borrador) y se otorgaba a la Fiscalía General del Estado la competencia para dictar las circulares e instrucciones de funcionamiento de la Policía Judicial.

⁴³ Este modelo de integración orgánica es otro de los motivos por los que la doctrina ha sido crítica con el Borrador de 2013. CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Ministerio Fiscal y...”, ob. cit., pp. 25-27, considera un error el establecimiento de esta dependencia orgánica y considera que, en caso de establecerse este modelo, no habría de efectuarse de manera generalizada, sino especializada.

3. Fiscal instructor, Juez de Garantías y Juez de la Audiencia Preliminar

El Juez de Garantías⁴⁴ es una figura presente ya en los textos de 2011 y 2013. Al igual que en el Anteproyecto actual, se delimita un ámbito funcional de competencias entre fiscal y Juez de Garantías, de modo que ambas figuras actúan en la instrucción, pero con funciones claramente diferenciadas, evitando una posible duplicidad de las actuaciones.

El Juez de Garantías se configura como la autoridad judicial, situada en posición de imparcial, garante de los derechos de las partes durante el desarrollo de la investigación. Sus funciones son conocer de los recursos que las partes interpongan ante las decisiones del fiscal durante la investigación y la práctica de todas aquellas diligencias de carácter jurisdiccional durante la instrucción: actuaciones limitativas de derechos fundamentales, medidas cautelares, actos de prueba anticipada o preconstituida. En cambio, el Ministerio Fiscal se encargará de la dirección de la investigación y será responsable de todas aquellas actuaciones que no tengan carácter jurisdiccional.

El Juez de la Audiencia Preliminar será el protagonista de la fase intermedia (donde las actuaciones adquieren un carácter plenamente jurisdiccional con la interposición de la acción penal) y sus funciones son las siguientes: examinar la licitud de la prueba que pretende acceder al juicio oral y evaluar si procede la apertura del juicio oral o, por el contrario, el sobreseimiento. No interviene en el plenario.

A diferencia del texto actual, la función de controlar la licitud de la prueba no se atribuía al Juez de la Audiencia Preliminar en 2011, mientras que en el Borrador de 2013 no se preveía esta figura judicial, distribuyéndose las funciones jurisdiccionales entre el Juez de Garantías en la fase de instrucción y el juez sentenciador una vez finalizada la investigación.

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, y tras el análisis efectuado a lo largo de este trabajo, podemos afirmar que la reforma procesal en aras al otorgamiento de la fase de investigación criminal al Ministerio Fiscal conllevaría una serie de beneficios que permitirían la adecuación de nuestro proceso penal a las necesidades actuales con la configuración de un sistema más moderno y garantista.

Con la reforma, se configuraría un sistema de corte acusatorio puro, rompiendo definitivamente con las notas inquisitivas todavía vinculadas en la actualidad a nuestro proceso a través de la figura del juez instructor. Esto permitiría fijar al juez en una posición

⁴⁴ LORCA NAVARRETE considera innecesaria la creación de un juez de garantías que conviva junto al Fiscal instructor, al contrario, sostiene que la labor que se le atribuye al Juez de Garantías en el Anteproyecto 2020 debería efectuarse por los jueces de lo penal, sin necesidad de creación de esta nueva categoría de jueces, alegando que “al fin y al cabo todo tribunal es juez de garantías alejado institucionalmente de la investigación que realizar el fiscal”. Vid. LORCA NAVARRETE, A., “El Fiscal y el Juez de Garantías. ¿Dos sujetos obligados a entenderse? (A propósito del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)”, *Boletín de noticias del Instituto Vasco de Derecho Procesal*, N° 1, 27 de enero de 2021.

de real y efectiva imparcialidad durante todas las fases del proceso, limitándolo al ejercicio de sus facultades jurisdiccionales y configurando la potestad jurisdiccional de los jueces y magistrados no solo como exclusiva, sino también excluyente.

Por otro lado, situar al Ministerio Fiscal en la dirección de la investigación, como consecuencia de su gestión centralizada a través de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, permitiría la unificación de criterios de actuación policial para la investigación de los delitos, debido a la dependencia funcional de estos con el Ministerio Fiscal, configurándose un sistema de investigación que permitiese una cierta seguridad jurídica para los afectados.

Además, con la configuración de los equipos fiscales para la investigación de los asuntos, prevista en el Anteproyecto de LECrim 2020, y que permite la plena autonomía en sus labores investigadoras, se limita la intervención de los superiores jerárquicos a aquellos aspectos en los que existan discrepancia en el equipo fiscal encargado de la investigación.

Finalmente, la dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal no solo se configura como un mecanismo totalmente acorde al marco constitucional –al no existir reserva judicial en la CE–, sino que además se manifiesta como un sistema capaz de incrementar las garantías procesales de nuestro proceso penal, al situar al juez en una posición de garante con la capacidad para controlar, desde la plena imparcialidad, el desarrollo de las investigaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Armenta Deu, T.: *Lecciones de Derecho procesal penal*, 12ª edición, Marcial Pons, 2019.
- Barona Vilar, S.: *Proceso Penal desde la historia: desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, 2017.
- Cámara Ruiz, J.: “Personal no jurisdiccional” en: *Introducción al Derecho Procesal*, 10ª edición, ORTELL RAMOS, M. (dir.), Aranzadi, 2020.
- Castillejo Manzanares, R.: “El Ministerio Fiscal y el Tribunal de Garantías en la investigación de los hechos delictivos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Nº 32, 2013.
- Del Pozo Pérez, M.: “Algunos inconvenientes de la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal”, *Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*, Moreno Catena (Dir.), Tirant lo Blanch, 2015, pp. 63-79.
- Díaz Martínez, M.: “El Ministerio Fiscal «Director de la Investigación» en el Proceso Penal de Menores”, en: V. Gimeno Sendra, *El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción*, Iustel, 2006, pp. 49-74.
- Estévez Mendoza, L.M.: “La instauración de la Fiscalía Europea como cooperación reforzada: problemas orgánicos y procesales”, *Revista de Estudios Europeos*, Nº extraordinario monográfico 1, 2017, pp. 106-122.
- Fuentes Soriano, O.: “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso”, en: *La reforma del Proceso Penal*, Asencio Mellado y Fuentes Soriano (Dirs.), Wolters Kluwer, 2011.
- Gimeno Sendra, V.: “La reforma de la LECrim y la posición del M.F. en la investigación penal” en: *El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción*, V. Gimeno Sendra (Dir.), Iustel, 2006, pp. 23-48.

- Gimeno Sendra, V.: *Constitución y Proceso*. Tecnos, 1988.
- Gimeno Sendra, V.: *Fundamentos del Derecho Procesal*. Civitas, 1981.
- Gimeno Sendra, V.: *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*. AEBOE, 2020.
- Gómez Colomer, J.L.: “La instrucción del proceso: su estructura esencial” en: VV.AA., *Derecho Jurisdiccional III*, 27ª edición, Tirant lo Blanch, 2019.
- Gómez De Liaño Diego, R.: “La investigación penal. El Ministerio Fiscal y el Juez de Garantías”, *Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*, Moreno Catena (Dir.), Tirant lo Blanch, 2015, pp. 29-32.
- González Cano, M.I.: “Dirección de la Investigación por el Ministerio Fiscal y nuevo modelo Procesal Penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 15, 2011, pp. 43-85.
- Guibert Ovejero-Becerra, S.: *El Ministerio Fiscal del Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2017.
- Lorca Navarrete, A.M.: “El Fiscal y el Juez de Garantías. ¿Dos sujetos obligados a entenderse? (A propósito del proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)”, *Boletín de noticias del Instituto Vasco de Derecho Procesal*, Nº 1, 27 de enero de 2021.
- Marchena Gómez, M.: “Proceso penal: nuevos problemas, viejas soluciones”, *La Ley Penal*, Nº 100, 2013.
- Martín Pastor, J.: *El Ministerio Público y el Proceso Penal en Europa*, Atelier, 2019.
- Otells Ramos, M.: “La potestad jurisdiccional” en: *Introducción al Derecho Procesal*, 10ª edición, M. OTELLS RAMOS (Dir.), Aranzadi, 2020.
- Serra Domínguez, M.: *Jurisdicción, Acción y Proceso*, Atelier, 2008.

Título VIII
de la Organización
General del Estado

La autonomía local en la Constitución Española. Luces y límites

Máximo Rodríguez Bardal

Funcionario de Administración local con habilitación nacional

Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de León. mrodb@unileon.es

Recibido

4 enero 2021

Aceptado

15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Autonomía Local;
Constitución
Española; Control
Administrativo de las
Entidades Locales;
Bases del Régimen
Local.

KEYWORDS

Local Autonomy,
Spanish Constitution,
Administrative
Control of Local
Entities, Bases of the
Local Regime.

Resumen

Más de 40 años han acaecido desde la sincrética aparición de la autonomía local en la Constitución Española. La parquedad en la regulación ha contribuido a un profuso juicio de adivinanzas e interpretaciones que la doctrina y la jurisprudencia han tenido que amparar y del que entendemos va siendo hora de determinar con claridad en una futurible reforma. El texto se inicia con los orígenes europeos del término de autonomía local para ahondar en la actual regulación constitucional materializada de manera positiva en tres pilares. De otra parte, se interesa el impulso del legislador básico estatal a los preceptos constitucionales que desarrollan la autonomía local a través del prolijo término de las bases, y trata de cerrarse el epígrafe precedido de una pequeña reflexión, con una referencia a los actuales controles de legalidad de los acuerdos locales de límites difusos, describiéndolos en su aspecto negativo por oposición a las tres precitadas columnas.

Local autonomy in the Spanish Constitution. Lights and limits

Abstract

More than 40 years have elapsed since the syncretic appearance of local autonomy in the Spanish Constitution. The paucity of regulation has contributed to a profuse trial of riddles and interpretations that doctrine and jurisprudence have had to protect and of which we understand that it is time to determine clearly in a future reform. The text begins with the European origins of the term of local autonomy to delve into the current constitutional regulation materialized in a positive way in three pillars. On the other hand, the impulse of the basic state legislator is interested in the constitutional precepts that develop local autonomy through the neat term of the bases, and tries to close the epigraph preceded by a small reflection, with a reference to the current controls of legality of local fuzzy boundary agreements, describing them in their negative aspect as opposed to the three aforementioned columns.

I. Unidad vs descentralización y centralización. La descendencia del derecho francés. El principio de libre administración de las corporaciones locales – II. La garantía institucional alemana – III. La autonomía local en la CE – IV. La garantía constitucional de la autonomía local y su materialización en los tradicionales tres pilares: 1. Participación y publicidad activa como modalidad del pilar de la elección democrática; 2. Las materias de interés local; 3. Disponibilidad de los medios suficientes para satisfacer los intereses comunes – V. El legislador básico como ordenador de la autonomía local constitucionalmente garantizada – VI. La autonomía constitucional y los controles administrativos – VII. Reflexión final – Bibliografía

I. UNIDAD VS DESCENTRALIZACIÓN Y CENTRALIZACIÓN. LA DESCENDENCIA DEL DERECHO FRANCÉS

Mientras la constituyente de la Revolución Francesa da palos de ciego en lo que al municipalismo refiere, es a partir de la Constitución de 1791¹ cuando comienza la primera línea centralista que se caracteriza por el sometimiento jacobino de la administración local.

La Ley de 28 de Pluvioso de 1800² consagra los modelos estructurales que llegarán casi intactos a la actualidad de la administración local y la joven idea de la elección democrática de los miembros de las Corporaciones Locales se va a ir difuminando con la estructura jerárquica de la dependencia del Estado a través de la rama ministro-prefecto-subprefecto-alcalde³.

La situación cambia con la Constitución de 1830 siendo una de las claves de la descentralización político-administrativa en lo que a la administración local se refiere el tema de los “*asuntos locales*”⁴. Determinados asuntos interesan a la colectividad nacional como conjunto, otros en cambio tan sólo interesan a las distintas fracciones o partes que la componen y por este hecho deben ser administrados por ellas. Sin embargo, a pesar de existir o reservar unos asuntos locales, el prefecto o subprefecto puede anular esos acuerdos, o bien necesitarse la aprobación de órganos superiores, o, por el contrario, relegar a un carácter meramente consultivo la participación del municipio⁵. La indeterminación de la esfera de los

¹ Descentralización en la asamblea legislativa, convención-directorio-consulado, vuelta a la centralización tras la caída de Napoleón Bonaparte en 1814, restauración borbónica francesa y descentralización.

² Ley de 17 de febrero de 1800. RUIZ DEL CASTILLO Y DE NAVASCUÉS, C.E. (1962). “La administración local en Francia”, Madrid. Instituto de Estudios de Administración Local, pág. 21.

³ FANLO LORAS, A (1990). “Fundamentos Constitucionales de la Autonomía Local”: Madrid. Centro de estudios constitucionales. Tal y como expresa el autor en la primera parte, se marca también en esta norma una supervisión directa a las diputaciones provinciales que roza la subordinación. El alcalde es agente del Ayuntamiento y ejecuta sus acuerdos, pero también es agente de la administración central y juez. Esta norma establece el carácter ejecutivo de los actos de los Ayuntamientos.

⁴ Desembocando esta idea en el art. 72 de la Constitución de 1958 pero detallado, o modificada su definición con la descentralización de las leyes de 1982. La Ley de 2 de marzo de 1982 elimina los sistemas de tutelas con el propósito decidido de judicializar las relaciones de control de la actividad local.

⁵ Tres categorías y de estas tres categorías entendemos deviene la idea de competencias propias y atribuidas por delegación, asuntos sometidos a aprobación superior, o sólo únicamente a tutela.

asuntos supuestamente locales va a justificar una vigorosa aplicación de las técnicas de control del prefecto.

Con cierta perspectiva histórica, parece iniciarse el municipalismo moderno por influencia de la descentralización administrativa francesa aún con sus idas y venidas, desde la Revolución. En palabras de Rivero⁶, la descentralización francesa viene por oposición al centralismo napoleónico, lo que parece extrapolable a la península respecto al centralismo de los Austrias y posterior Franquismo.

La positivización estatal del “*pouvoir municipal*”⁷ viene reflejada en la Ley de 1823⁸. Esta norma marca una división entre asuntos centrales y asuntos locales. Entre los primeros cita repartir y recaudar contribuciones, milicias, estadísticas de población y riqueza, y entre los segundos, administrar bienes, formación del presupuesto, examen de cuentas, o limpieza viaria. Integra además otra categoría de materias que siendo locales rozan los intereses generales de la sociedad, tales como, formar ordenanzas, cuidar la policía de salubridad, alineaciones urbanísticas, calles, o el sostenimiento de cargas públicas.

Por el contrario, parece claro qué intereses desbordarían el ámbito municipal tales como las garantías y derechos individuales, la justicia y leyes criminales o la defensa del país⁹.

Estos intereses locales parece definirlos Posada en sus lecciones como “*aquellas atribuciones que corresponden a las corporaciones populares que llamamos Ayuntamientos para arreglar sus intereses particulares y para darse ciertas reglas en aquellos puntos que sólo a ellos interesan*”.

Etc... Orígenes del control de legalidad antes referido en la idea revolucionaria de comunicar al prefecto los asuntos locales para su anulación o confirmación.

⁶ RIVERO ORTEGA, R. (2011). “Autonomía local y competencias: castilla y león en el escenario previo al pacto local”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, págs. 286 y 287.

⁷ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (1998) *RAP* núm. 147 septiembre 1998 “*La primera raíz del concepto –y ya adelante que la principal– la constituyó la idea de *pouvoir municipal* alumbrada por la Asamblea Constituyente en los primeros momentos de la Revolución Francesa. Como es sabido, la Asamblea, recogiendo la tradición fisiocrática, y en especial las formulaciones de TURGOT, consagra el concepto en el conocido artículo 49 del Decreto de 14 de diciembre de 1789 (...)*”.

⁸ Decreto Ley de 3 de febrero de 1823 para el gobierno económico-político de las provincias. Arts. 1 a 3.

⁹ POSADA HERRERA, J. (Ed. 1996). “Lecciones de administración del Sr. D. José Posada Herrera”. Oviedo. Universidad de León y Universidad de Oviedo, pág. 139 “*EL Ayuntamiento no es más que una división administrativa enlazada con todas las demás que tiene hechas el poder central dentro de la nación y también el representante de los intereses de la localidad*”. Posada en sus lecciones concebía unos intereses locales claros en la defensa de los intereses comunes de esa población, tales como la administración de propiedades, seguridad, limpieza de fuentes, fiestas y en definitiva todo lo que se refiere a la comodidad y tranquilidad a que la pequeña sociedad tiene un derecho incontestable natural del municipio. Aboga por una defensa del municipio únicamente en su vertiente administrativa privándole del poder político. En lo restante dice Posada “*Es necesario dejar al poder municipal que obre libremente dentro de su esfera, aunque ha de existir siempre una autoridad superior que sepa poner a raya a la municipalidad en los excesos o faltas que cometa en el ejercicio de sus atribuciones*”.

II. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL ALEMANA

Entre los vectores que configuran el concepto de autonomía local reflejado en la Carta Magna está el imitado término germánico de la garantía institucional. La regulación constitucional de la autonomía local española¹⁰ bebe además de la francesa, de las fuentes alemana e italiana. La doctrina atribuye a Carl Schmitt la acuñación de este término en su obra *Derechos de Libertad y Garantías Institucionales en la Constitución del Reich* (1931)¹¹. Así en concreto en el apartado IV del Capítulo 14 de su *Teoría de la Constitución* distinguiéndolo de los derechos fundamentales relata que “...mediante la regulación constitucional, puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones. La regulación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible una supresión en vía legislativa. La garantía institucional es, por su esencia limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tales siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines aun cuando las tareas no estén especializadas en particular y sea admisible una cierta universalidad del círculo de actuación”. Es en estas dos obras donde expone con mayor amplitud su doctrina de las garantías institucionales como una técnica constitucional limitadora del poder legislativo¹².

En todo caso, debemos ir adelantando que la teoría de las garantías institucionales está inserta en la compleja Teoría de la Constitución Schmittiana apoyándose en el reflejo positivo de los arts. 184 y 127 de la Constitución de Fráncfort de 1849 (autonomía como derecho fundamental de los municipios). Siendo el precepto insigne de la garantía institucional el de la autonomía municipal consagrada por el art. 127 de la Constitución de 1919¹³.

La teoría de las garantías institucionales tuvo una gran aceptación doctrinal desde su formulación y de ahí su recepción por el Tribunal Constitucional Federal alemán y de sus Estados federados tras la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Curiosamente, el ámbito de la autonomía local es aquél en el que mayor trascendencia y aplicación ha tenido la doctrina de las garantías institucionales recogiendo la Ley Fundamental de Bonn el testigo del artículo 127 de la Constitución Weimariana en su art. 28.2¹⁴.

¹⁰ Escueta regulación en comparación con la CE 1812 concebida como origen de la moderna regulación del régimen local. Sobre la administración local italiana: TORNOS MÁS, J. (1987). “La reforma de la administración local en Italia”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 112, págs. 359-380. CARBONELL PORRAS, E., COSCULLUELA MONTANER, L., VENDELLI, L. (2019). *La reforma del gobierno local en España e Italia*. Italia. Editoriale Scientifica.

¹¹ En efecto, parece ser Carl Schmitt el creador de la teoría de las garantías institucionales, tal y como afirma en su obra *Derechos de Libertad y Garantías Institucionales en la Constitución del Reich*. “Yo concebí la idea de garantía institucional en mi *Teoría de la Constitución* (1928)”.

¹² SCHMITT, C. (2011). *Teoría de la Constitución*. Madrid. Traducción española. Alianza Editorial; JARAMILLO FERNÁNDEZ, M. (2016). “Comprendiendo la garantía institucional de la autonomía local: desde Carl Schmitt hasta la reforma del art. 135 de la constitución española”, *Revista digital CEMCI*, Número 29.

¹³ Art. 127. “Los Municipios y las circunscripciones intermedias tienen derecho a administrarse autónomamente dentro de los límites marcados”.

¹⁴ Art. 28.2. Ley República Federal alemana. “Debe garantizarse a los municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local. Las asociaciones de municipios tienen igualmente, dentro del marco de sus

III. LA AUTONOMÍA LOCAL EN LA CE

La idea de autonomía local sólo estuvo plasmada en Constitución de 1931¹⁵ donde en su artículo 8.º decía que: “*el Estado español, dentro de los límites irreductibles de su territorio actual, estará integrado por municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía*” o el art. 9º que indicaba que “*todos los Municipios de la República serán autónomos en las materias de su competencia y elegirán sus Ayuntamientos por sufragio universal, igual, directo y secreto, salvo cuando funcionen en régimen de concejo abierto*”.

En nuestra Carta Magna son cuatro¹⁶ los principales preceptos que marcan el régimen de la autonomía local en su triple vertiente y con estricto cierre en el artículo segundo, resultante de la batalla nacionalista¹⁷ y de la autonomía frente a la soberanía.

competencias legales y de acuerdo con las leyes, el derecho de autonomía administrativa. La garantía de la autonomía abarca también las bases de la propia responsabilidad financiera; estas bases incluyen una fuente tributaria que, junto a la Federación y los Lander con el derecho de fijar los tipos de recaudación, corresponde a los municipios y se rige por la respectiva capacidad económica”.

¹⁵ Nos referimos a su reflejo constitucional, por cuanto encontramos sus orígenes ya en el Estatuto Municipal de 1924 donde ya se protegía al municipio de las injerencias Estatales en el Art. 290 al establecer que “*Las Corporaciones municipales que estimen atentatoria al régimen de autonomía municipal alguna disposición del Gobierno o de Autoridades subordinadas o delegadas, aunque se hayan dictado en el ejercicio de facultades discrecionales y no lesionen derechos concretos de la que reclame, podrán interponer recurso de abuso de poder por los trámites del Contencioso-administrativo, en única instancia, ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo pidiendo su nulidad*”.

¹⁶ Artículos 137, 140, 141 y 142. “*El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses*”.

¹⁷ STC 4/1981, de 2 de febrero sobre la distribución vertical del poder. “*Pues bien, la Constitución (arts. 1 y 2) parte de la unidad de la Nación española que se constituye en Estado social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional. Esta unidad se traduce así en una organización –el Estado– para todo el territorio nacional. Pero los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una distribución vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango, tal como se expresa en el art. 137 de la Constitución al decir que «el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses*”. Ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía –y aún este poder tiene sus límites–, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2 de la Constitución. De aquí que el art. 137 de la Constitución delimite el ámbito de estos poderes autónomos, circunscribiéndolos a la «gestión de sus respectivos intereses», lo que exige que se dote a cada ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo. De acuerdo pues con la Constitución, la autonomía que garantiza para cada entidad lo es en función del criterio del respectivo interés: interés del Municipio, de la Provincia, de la Comunidad Autónoma. Sobre el concepto de Nación también STC 31/2010 de 28 de junio. “*De la nación puede, en efecto, hablarse como una realidad cultural, histórica, lingüística, sociológica y hasta religiosa.*”

Sin embargo, la poco mencionada Carta Europea de Autonomía Local (Estrasburgo 1985 ratificada por España en 1988 publicada y en vigor a partir de 1989), es la única fuente de derecho local estatal que se atreve a definir la autonomía¹⁸ como “*el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes*”.

El desarrollo de este término programático realizado por el TC pasa por distintas fases como veremos a lo largo del trabajo. Desde las primeras definiciones intentando delimitar su ámbito; STC 4/1981 de 2 de febrero y 32/1981 de 28 de julio garantía institucional de la autonomía local; o la 84/1982 de 23 de diciembre en la que se señaló el carácter bifronte del régimen jurídico de las autonomías locales, a la 27/1987 de 27 de febrero¹⁹ 213/1988 de 11 de noviembre²⁰ y 214/1989 de 21 de diciembre; acerca de los controles administrativos.

A partir de los años 90 consta otro periodo donde el TC estableció los criterios de interpretación del principio de suficiencia financiera de recursos y no autonomía financiera

Pero la nación que aquí importa es única y exclusivamente la nación en sentido jurídico-constitucional. Y en ese específico sentido la Constitución no conoce otra que la Nación española, con cuya mención arranca su preámbulo, en la que la Constitución se fundamenta (art. 2 CE) y con la que se cualifica expresamente la soberanía que, ejercida por el pueblo español como su único titular reconocido (art. 1.2), se ha manifestado como voluntad constituyente en los preceptos positivos de la Constitución Española”.

¹⁸ Impulsa sus artículos con este ilustrativo prefacio: “*conscientes de que la defensa y el fortalecimiento de la autonomía local en los diferentes países de Europa representan una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización del poder; Afirmando que esto supone la existencia de Entidades locales dotadas de órganos de decisión democráticamente constituidos que se benefician de una amplia autonomía en cuanto a las competencias, a las modalidades de ejercicio de estas últimas y a los medios necesarios para el cumplimiento de su misión*”.

¹⁹ “Dado que a través de la garantía constitucional de la autonomía local se configura un modelo de Estado (STC 32/1981, fundamento jurídico 5.º), corresponde a los órganos centrales de éste la fijación de principios o criterios básicos en esta materia, de aplicación en todo el territorio estatal, y así se deduce de lo dispuesto en el art. 149.1.18ª de la Constitución que atribuye al Estado la competencia para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Ahora bien, debe igualmente recordarse que “*la fijación de estas 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*”.

²⁰ STC 213/1988 de 11 de noviembre: “*pero hay que tener en cuenta que con estas declaraciones el Tribunal Constitucional no pretendía ni podía pretender la determinación concreta del contenido de la autonomía local, sino fijar los límites mínimos en que debía moverse esa autonomía y que no podía traspasar el legislador. Con ello no se impedía que el legislador, en ejercicio de una legítima opción política, ampliase aún más el ámbito de la autonomía local y estableciese con carácter general la desaparición incluso de esos controles, como hace la Ley de 1985. Ahora bien, ejercitada por el legislador estatal la opción política a favor de una regulación claramente favorable a la autonomía en materia de suspensión de Acuerdos, la norma correspondiente ha de calificarse de básica también en sentido material por cuanto tiende a asegurar un nivel mínimo de autonomía a todas las Corporaciones locales en todo el territorio nacional, sea cual sea la Comunidad Autónoma en que estén localizadas, lo que resulta plenamente congruente con la garantía institucional del art. 137 de la Constitución, garantía que opera tanto frente al Estado como frente a los poderes autonómicos*”.

96/1990 de 24 de mayo, 171/1996 de 30 de octubre o 109/1998 de 21 de mayo. Y en última instancia ha blandido la espada contra la reforma local operada por la LRSAL, cabiendo ahora preguntarnos, qué nos queda de la misma. (STCS 41/2016 de 3 de marzo, 111/2016 de 9 de junio, 51/2017 de 11 de mayo, 168/2016 de 6 de octubre y 180/2016 de 20 de octubre).

Por lo que refiere al concepto, la autonomía local de la CE parece refundir varias tesis. Es evidente que en el art. 140 CE se garantiza institucionalmente la autonomía de los municipios en la figura del Ayuntamiento²¹. Pero parece superar la garantía institucional, por cuanto el legislador en el art. 137 garantiza una autonomía “*para la gestión de sus respectivos intereses*”²². Dicho lo cual el constitucional y algunos autores se han inclinado por una configuración de la “*garantía constitucional*”²³ de la autonomía local un poco más amplia que la simple garantía institucional.

GARCÍA MORILLO²⁴ distingue entre el contenido esencial y el contenido mínimo de la autonomía local. El primero asegura la existencia de la institución y actúa por tanto como límite negativo al legislador, se identifica por el autor con la garantía institucional de la autonomía local. Sin embargo, el contenido mínimo es añadido al contenido esencial por la garantía constitucional en la autonomía local. El concepto de contenido esencial es compartido para las instituciones garantizadas por la CE y los derechos fundamentales, en el sentido de que asegura la existencia de la institución, del núcleo del derecho fundamental, que resulta indisponible para el legislador. Pero, además, la CE garantiza la autonomía de los EELL lo que añade un plus a su configuración en el sentido que les asegura la existencia funcional para la gestión de una parte importante de los asuntos públicos. Tiene por objeto asegurar que la institución garantizada pueda cumplir los objetivos constitucionalmente asignados.

Esta idea, no obstante, ha sido criticada por otros tantos al incluir que nada aporta de novedad la afamada garantía constitucional sobre la garantía institucional. La tesis de la garantía constitucional de la autonomía local como un plus añadido a la garantía institucional que solo actuaría en sentido negativo como límite al legislador en cuanto garantiza la pervivencia de las EELL reconocidas por la CE, fue rechazada por PAREJO ALFONSO²⁵. Para este autor

²¹ STC 32/1981, de 28 de julio: “*el orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza*”.

²² He aquí la reminiscencia del derecho francés respecto de los asuntos locales emergidos a partir del poder local o “*pouvoir municipal*”.

²³ Referencia a la garantía constitucional en la STC 4/1981 de 2 de febrero anteriormente mencionada.

²⁴ GARCÍA MORILLO, J. (1998). *La configuración constitucional de la autonomía local*. Barcelona. Marcial Pons, págs. 32-36.

²⁵ PAREJO ALFONSO, L. (1986). “La autonomía local”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, sección Doctrinal*, 229, págs. 9-64.

la garantía constitucional de la autonomía local no añade nada al concepto de garantía institucional, ya que la defensa que esta proporciona no se circunscribe al núcleo esencial, sino que la autonomía local como concepto jurídico indeterminado *“tiene un núcleo o zona de certeza positiva y su correlato también (zona de certeza negativa), pero presenta entre ambos un halo (zona de incertidumbre)”*. Incluso en la zona de incertidumbre es operativa la defensa de la garantía institucional, ya que toda medida legislativa que afecte a la zona de incertidumbre precisa para ser legítima superar el control de necesidad, no de arbitrariedad y de proporcionalidad.

Esta tesis además parece ser superada por Eva Nieto²⁶ al sostener que el principio de autonomía local reconocido por los arts. 137, 140 y 141 de la CE, incluye la garantía institucional de la autonomía local, pero no agota ésta su contenido. La garantía institucional de la autonomía local, no contiene un mandato de optimización²⁷ de la autonomía local a todos los poderes públicos, sino que se trata de una garantía que protege la institución. Como garantía objetiva protege a los EELL constitucionalmente reconocidos frente a la acción de los legisladores estatales y autonómicos²⁸.

IV. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA LOCAL Y SU MATERIALIZACIÓN EN LOS TRADICIONALES TRES PILARES

A través de varios hitos se ha tratado de instrumentalizar la autonomía local escueta y constitucionalmente garantizada. A lo largo del trabajo nos referiremos a la descentralización, la tutela y los controles administrativos. Para lo que el ámbito local se refiere, se ha usado a menudo el término *“tres pilares”* para definir de manera positiva e intentar rellenar así el vacío constitucional formando parte de estos tres cimientos las siguientes sintaxis que bajo estas líneas pretendemos actualizar:

- La elección democrática de los miembros de las Corporaciones Locales y la auto organización.

²⁶ NIETO GARRIDO, E. (2018). *El estatuto constitucional de los Entes Locales*. Navarra. Aranzadi.

²⁷ Como ejemplos de estos mandatos de optimización con reflejo en la CE: *“las haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes (...)”* *“La constitución española garantiza la autonomía de los municipios, ellos gozarán de personalidad jurídica plena (...)”* o estableciendo al finalizar el art. 137 que los municipios deberán disponer de la autonomía suficiente para la gestión de sus respectivos intereses. VELASCO CABALLERO, F. (2009). *Derecho local. Sistema de Fuentes*. Barcelona. Marcial Pons, págs. 34 y 35. Tesis del mandato de optimización progresiva de la autonomía local. *“El contenido de la autonomía local constitucionalmente garantizada es dual, por un lado, se garantiza a cada entidad local reconocida constitucionalmente un mínimo de autonomía directamente invocable ante la JCA o ante el TC a través de la formulación del conflicto en defensa de la autonomía local. Por otro lado, los arts. 137,140 y 141 de la CE contienen asimismo el principio de autonomía local como mandato dirigido a los poderes públicos para que cada uno, en su ámbito de poder propio, desarrolle, favorezca o promueva al máximo la autonomía local que tendrá por límite otros bienes, principios o valores constitucionales”*.

²⁸ Pues bien, trataremos de concluir al final del capítulo que esta optimización no es posible sino a través de estrechos mecanismos de colaboración, cooperación y puesta de medios que suelen interpretarse como mecanismos políticos y no como ramificación de los medios administrativos en favor de la autonomía local.

- El haz de competencias de cada entidad local.
- La suficiencia financiera o recursos de las administraciones locales.

1. Participación y publicidad activa como vertiente del pilar de la elección democrática

Uno de los principales pilares bajo la potestad de auto organización y autogobierno y unido al concepto jurisprudencial de la representatividad, es el principio de elección democrática de los miembros de las Corporaciones Locales. Tanto la CE como la LBRL son bien expresivas al respecto con la subsiguiente reserva del Concejo Abierto. (140 de la CE y 19 de la LBRL respectivamente).

Del mismo modo la CEAL revela el sufragio “*libre, secreto, igual, directo y universal*” de los miembros de las Corporaciones Locales en el art. 3.2. Régimen, por el contrario, no aplicable a los diputados provinciales que conforme al Título V de la LOREG son elegidos entre los partidos y agrupaciones que hubieran obtenido algún concejal dentro del partido judicial, y para el que España suscribió la oportuna reserva²⁹.

Tanto el TC como el TS han legitimado este principio de elección democrática en numerosísimas sentencias³⁰. En recientes pronunciamientos ha querido reforzar este contrafuerte a través de la teoría de la representatividad y de la democracia directa e indirecta que ya consagra el art. 23 de la CE.

²⁹ La CEAL se ajusta al texto constitucional; no obstante, España ha formulado reserva respecto del artículo 3.2, “*en la medida en que el sistema de elección directa en ella previsto haya de ser puesto en práctica en la totalidad de las colectividades locales incluidas en el ámbito de aplicación de la misma*”, quedando de este modo salvaguardado el tradicional régimen de elección indirecta de los miembros electivos de las diputaciones provinciales de régimen común y complementariamente, no tener que disponer obligatoriamente la elección directa en las entidades locales de carácter no necesario. Gracias a lo cual no fue necesario hacer uso del procedimiento previsto en el art. 78 de la LOTC ni se llegó a plantear cuestión de inconstitucionalidad alguna respecto del acto legislativo de autorización (27.2c LOTC). “*El Reino de España declara que la Carta Europea de la Autonomía Local se aplicará en todo el territorio del Estado en relación con las colectividades contempladas en la legislación española de régimen local y previstas en los artículos 140 y 141 de la Constitución. No obstante, el Reino de España únicamente no se considera vinculado por el apartado 2 del artículo 3 de la Carta en la medida en que el sistema de elección directa en ella previsto haya de ser puesto en práctica en la totalidad de las colectividades locales incluidas en el ámbito de aplicación de la misma*”.

³⁰ La autonomía local por parte del TS. El Tribunal Supremo también recogió la doctrina constitucional sobre el principio de autonomía local. Son significativas las siguientes sentencias: STS 11 de abril de 1981, STS de 20 de octubre de 1981, STS de 22 de octubre de 1981, STS de 21 de mayo de 1982, STS de 3 de junio de 1981, STS de 7 de noviembre de 1984, STS de 25 de octubre de 1991, STS de 9 de febrero de 1993, STS de 15 de diciembre de 1993, STS de 14 de enero de 1994, STS de 3 noviembre de 1994. En concreto su participación ha ido muy de la mano al apoyar a los concejales en el pilar democrático (vulneración del art. 23 CE ante cualquier menoscabo en el ejercicio de sus funciones por parte del equipo de gobierno). En la misma línea GONZÁLEZ RIVAS, J.J. (2005). “La autonomía local en la reciente jurisprudencia Constitucional y del tribunal Supremo”. *Cuadernos de derecho local*, págs. 16-32.

En la STC 103/2013 de 25 de abril FJ 6º, la citada representatividad llevó al constitucional a declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 126.2 de la LBRL que otorgaba al alcalde la facultad de nombrar miembros de la JG a sujetos que no fuesen concejales: *“pues bien, si como hasta ahora hemos señalado, el principio representativo constituye el fundamento de la autonomía local y por tanto es predicable de todas las entidades locales constitucionalmente garantizadas, este principio ha sido consagrado para los municipios con una intensidad especial, mediante una regulación bastante más minuciosa, que contrasta con la menor densidad normativa con que la norma fundamental lo ha recogido para islas y provincias. En efecto, si el carácter representativo de los órganos de dirección política de las islas deriva directamente de la garantía institucional de la autonomía local consagrada en el art. 137 CE, el art. 141.2 CE prevé, ya expresamente, para las provincias, que su gobierno y administración autónoma estarán encomendados a Diputaciones u otras corporaciones de carácter representativo. Pero, para los municipios, el art. 140 CE, va aún más allá, al atribuir el gobierno y administración a los Ayuntamientos, integrados por alcaldes y concejales, imponiendo la elección democrática de sus integrantes”*.

De otro lado la STC 61/2013 de 26 septiembre en su FJ 9 analiza el principio de representatividad bajo la manifestación de la publicidad de las sesiones plenarias a través de la conocida técnica de la democracia directa e indirecta. Circunscribe el análisis de la publicidad de las sesiones del ejecutivo local cuando ejerza competencias delegadas por el pleno. El Constitucional introduce aquí dentro del pilar de la elección democrática, la propia participación del ciudadano en los asuntos públicos. Dado que los corporativos son fiel muestra de la representación indirecta de los ciudadanos, la exigencia de publicidad de las sesiones es una manifestación del principio democrático y, además, también del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos derivados del art. 23 de la CE: *“la exigencia de publicidad de la actividad desarrollada por los órganos de carácter representativo se constituye como un instrumento que posibilita el control político de los elegidos por los electores y se proyecta en relación con la publicidad de sus sesiones, la publicación de las deliberaciones y los acuerdos adoptados, y el acceso a la documentación que los sirva de soporte. Esta exigencia de publicidad es, por tanto, no solo una genérica manifestación del principio democrático del Estado (art. 1.1 CE), sino también una manifestación del derecho de los ciudadanos a la participación directa en los asuntos públicos (art. 23.1 CE)”*³¹.

2. Las materias de interés local

Se trata este punto de la vertiente más oscura, debatida y litigada de la autonomía municipal constitucional, pues en palabras de la STC 32/1981 de 28 de julio: *“no precisa la Constitución cuáles sean estos intereses ni cuál el haz mínimo de competencias que para atender a su gestión debe el legislador atribuir a la provincia, aunque sí cabe derivar de la Constitución razones que apuntan a la posibilidad de que estos intereses provinciales y las*

³¹ Dentro de las Corporaciones Locales, esta exigencia de publicidad incluyendo la de sus sesiones, es aplicable a la actividad del pleno municipal en tanto que es el órgano de carácter representativo de una colectividad política territorial que somete a un procedimiento democrático decisiones que incorporan fines políticos propios, reflejo del principio de pluralismo político y del ámbito de poder atribuido en virtud de la autonomía local garantizada en el art. 137 CE.

competencias que su gestión autónoma comporta han de ser inflexionados para acomodar esta pieza de nuestra estructura jurídico-política a otras entidades autonómicas de nueva creación”.

Punteando el art. 3 de la CEAL en el que se cita que “*las competencias básicas de las entidades locales vienen fijadas por la Constitución o por la Ley*” y en su punto 3º que “*las competencias encomendadas a las Entidades Locales, deben ser normalmente plenas completas y no pueden ser puestas en tela de juicio ni limitadas por otra autoridad central o regional, más que dentro del ámbito de la ley*”. Debemos explicar el régimen competencial³² de las EELL partiendo de la noción jurisprudencial del “*interés local*” proveniente sino del interés municipal o *pouvoir municipal* francés con el que iniciábamos el epígrafe.

El régimen competencial de las EELL es fácilmente descriptible a lo largo de la jurisprudencia constitucional en la cual se ha encomendado al legislador la tarea de la habilitación competencial. La Sentencia del TC de 27 de febrero, encomienda ya de manera abierta al legislador esta tarea de acuerdo con los intereses propiamente locales, remitiendo al resto de administraciones territoriales un mandato de protección de los mismos con el único amparo de la garantía institucional recogida en el art. 140 de la CE. STC 27/1987, de 27 de febrero (FJ 2). “*La concreta configuración institucional de la autonomía provincial corresponde al legislador, incluyendo la especificación del ámbito material de competencias de la entidad local, así como las fórmulas o instrumentos de relación con otras entidades públicas y el sistema de controles de legalidad constitucionalmente legítimos. En primer término, la Ley debe especificar y graduar las competencias provinciales teniendo en cuenta la relación entre intereses locales y supralocales en los asuntos que conciernen a la comunidad provincial y sin más límite que el del reducto indispensable o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza*”.

En relación a una somera descripción de cuáles pueden ser esos intereses locales, el TC trata de facilitar la tarea arguyendo la dificultad de concretar el interés local de cada materia, y emplaza al legislador a distribuir las competencias en función de la existencia de un interés predominantemente local, sin proveernos de mayores herramientas para su delimitación. STC 4/1981, de 2 de febrero (FJ 2)³³. “*De acuerdo pues con la Constitución, la autonomía que*

³² FUERTES LÓPEZ, M. (2008). “Los Grecos y las competencias municipales”. *Curso de formación a magistrados organizado por el Consejo General del Poder Judicial*. “La línea tradicional que se ha seguido en el desarrollo de la legislación local a lo largo de la historia jurídica ha sido la trazada para diferenciar las competencias “*propias*” de las “*delegadas*”. Tal mención aparece en las Instrucciones de 1813 y 1823, y se recoge en las sucesivas leyes municipales al diferenciar los asuntos “*privativos*” o “*propios*” de aquellos delegados. En el mismo sentido, la Ley básica de régimen local que se aprueba en 1985 enunciaba que las competencias locales eran “*propias o atribuidas por delegación*” (art. 7) para, a partir de ahí, introducir necesarias”.

³³ FJ 2º “Este poder “*para la gestión de sus respectivos intereses*» se ejerce –por lo demás– en el marco del Ordenamiento. Es la Ley, en definitiva, la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de entes, de acuerdo con la Constitución. Y debe hacerse notar que la misma contempla la necesidad –como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación– de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución tanto en relación a las Comunidades Autónomas, concebidas como entes dotadas de autonomía cualitativamente superior a la administrativa (arts. 150.3 y 155, entre otros), como a los entes locales (art. 148.1.2. º)”.

garantiza para cada entidad lo es en función del criterio del respectivo interés: interés del Municipio, de la Provincia, de la Comunidad Autónoma. Ahora bien, concretar este interés en relación a cada materia no es fácil y, en ocasiones, sólo puede llegarse a distribuir la competencia sobre la misma en función del interés predominante, pero sin que ello signifique un interés exclusivo que justifique una competencia exclusiva en el orden decisorio. Al enjuiciar la conformidad de las Leyes con la Constitución habrá que determinar, por tanto, si se está ante un supuesto de competencia exclusiva –o que debía serlo de acuerdo con la Constitución– no de competencias compartidas entre diversos entes”.

En este caso lo que hace el legislador básico a medio de la LBRL³⁴ es señalar unas materias las cuales considera que mediante la teoría del interés predominante han de tener una participación plena local³⁵. Este carácter pleno hay que subordinarlo al régimen de ejecución y no extrapolarlo al carácter pleno de una competencia autonómica o estatal al carecer de potestad legislativa ciñéndolo por tanto a una participación plena en la ejecución de la materia.

Pues bien; una vez tenemos fijado por el legislador básico el interés local de ciertas materias, ha de ser el legislador sectorial estatal y autonómico el que, bajo los ojos de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera³⁶, atribuya esa competencia a las EELL.

³⁴ La LBRL, como norma de referencia elegida para regular ese interés local regula unas competencias propias. (Art. 7.1 en relación con el art. 25), unas competencias delegadas (art. 7.2 en relación con el art. 27) y unas competencias distintas de las propias. (Art. 7.4 antiguo art. 28).

³⁵ El Estado fija unas materias sobre las que el legislador sectorial dota de mayor o menor participación a los municipios en función de sus intereses. Conviene reseñar en materia urbanística lo dispuesto por la STC 240/2006 de 20 de Julio FJ 10º “*Se ha atribuido al municipio un mínimo de competencias que le permiten ser reconocido como una instancia con capacidad para decidir autónomamente sobre un asunto de su interés como el urbanismo” con esto se respetaba el contenido esencial del principio de autonomía local que determina que la entidad local sea reconocible por los ciudadanos como una instancia en la toma de decisiones autónoma e individualizada*”.

³⁶ Art. 2 de la LBRL. La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera establece entre sus objetivos garantizar la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas. Por ello la aprobación y liquidación de los Presupuestos de las Entidades Locales deben realizarse bajo el cumplimiento de las llamadas tres reglas fiscales: la estabilidad presupuestaria, la regla del gasto y la deuda pública. Sin embargo, con el objetivo de dotar a las Entidades Locales de fuentes de recursos suficientes para hacer frente a la pandemia y siguiendo las recomendaciones de la Comisión Europea que aplicó la cláusula general de salvaguarda del Pacto de Estabilidad y Crecimiento en 2020 y que prorrogará en 2021, el Consejo de Ministros en fecha 6 de octubre de 2020 aprobó la suspensión de las tres reglas fiscales. Para ello, tal como dispone el artículo 135.4 de la Constitución Española y el artículo 11.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, solicitó en dicho acuerdo, que el Congreso apreciara por mayoría absoluta, si España se encuentra en situación de emergencia que permita adoptar esta medida excepcional. El pasado 20 de octubre de 2020, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó por mayoría absoluta el acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de octubre de 2020 por el que se solicita del Congreso de los Diputados la apreciación de que España está sufriendo una pandemia, lo que supone una situación de emergencia extraordinaria, con el fin de aplicar la previsión constitucional que permite en estos casos superar límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública. Con la apreciación adoptada por la mayoría absoluta del Congreso y con efectividad desde el mismo día en que se tomó el acuerdo, quedan suspendidos durante el ejercicio 2020 y 2021 los objetivos de estabilidad

El elenco del art. 25 es un mínimo de participación encomendado al legislador sectorial, sin perjuicio de que éste pueda atribuir otras en cuanto a las múltiples y distintas materias (territorio, sanidad, consumo, igualdad, bienestar social, educación, etc.). Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2016 de 3 de marzo de 2016, cuando dice que *“las leyes pueden atribuir competencias propias a los municipios en materias distintas de las enumeradas en el art. 25.2 LBRL, quedando vinculadas en todo caso a las exigencias reseñadas (apartados 3, 4 y 5). Así resulta del tenor literal del art. 25.2 LBRL, conforme al que las materias enumeradas son solo un espacio dentro del cual los municipios deben disponer «en todo caso» de competencias «propias», sin prohibir que la ley atribuya otras en materias distintas”*.

Como posible resumen, diremos que el Constitucional ha establecido que las CCAA graduarán la participación de las competencias propias de los municipios respecto a las competencias exclusivas autonómicas en virtud de los intereses locales o supralocales atribuidos previamente de un interés predominante en la LBRL³⁷.

A pesar de este elenco de competencias propias o materias fijadas por el legislador, el TS, también ha hablado de un principio de vinculación negativa a la ley pudiendo prestar aquellas competencias donde no se estuviera ejerciendo *“por tanto la autonomía local no está constituida por un catálogo de competencias objetivamente determinado o que pueda determinarse sobre la base de unas características invariables, sino más bien mediante la facultad de asumir sin título competencial especial, todas aquellas tareas que afecten a la comunidad vecinal que integra el municipio y que no hayan puesto en funcionamiento otras AAPP”*³⁸. En esta misma sentencia el TS manifiesta que esa idea de vinculación positiva y sometimiento al principio de legalidad no es la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de las CCAA, sino que es necesario abrirse paso hacia una idea de vinculación negativa, que permite a aquellas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pueda existir.

El cambio de paradigma en cuanto al modelo de bases estatales que introdujo la LRSAL³⁹ y que puso de manifiesto la STC 41/2016 de 3 de marzo modificó la concepción de este pilar competencial unido al interés local. Se trata de un modelo en el que el Legislador estatal básico asegura la atribución de competencias a los EELL por los legisladores sectoriales estatal y autonómico en materias que afectan a los intereses locales, pero en cuanto a las

y deuda, así como la regla de gasto. De este modo, España deja en suspenso el camino de consolidación fiscal aprobada antes de la crisis sanitaria de la Covid-19.

Sobre este asunto reflexiona FUERTES LÓPEZ, M. (2020). “La hora de la FEMP y del COSITAL tras el naufragio de un Decreto-Ley *“Blog es público*, acerca de la posibilidad de suspender o inaplicar los límites de déficit y de deuda para las EELL habida cuenta que el art. 135 no prevé esta eximente para las municipalidades reflejando su tenor literal que *“las EELL deberán presentar equilibrio presupuestario”*”.

³⁷ NIETO GARRIDO, E. (2018), op. cit. pág. 68 y pág. 88.

³⁸ STS 26 de Julio de 2006.

³⁹ Se trata de la trasposición de la LOEPSF a la legislación local, la cual a su vez venía del desarrollo del art. 135 de la CE. Cuatro principios parecen constreñir la autonomía local: Eliminar duplicidades, favorecer la iniciativa económica privada, control financiero y presupuestario, así la garantía de los principios de eficacia y eficiencia.

competencias atribuidas por delegación, se impone como condición que tal atribución no ponga en riesgo la hacienda local.

Las competencias propias sólo pueden ser determinadas por ley, y el resto de competencias o eso que el tribunal denomina “*todas aquellas tareas que afecten a la comunidad vecinal*”; hoy día sólo tendrían encaje en las competencias distintas de las propias. Este tipo de materias ya no quedan previstas en la LBRL al derogarse el artículo 28, y únicamente podrán prestarse competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación si se acredita la no incursión en duplicidades y la inexistencia de riesgo en la sostenibilidad financiera de la entidad (Art. 7.4 LBRL).

El régimen general del elenco de competencias municipales de hoy en día ha de estar plenamente sometido a la ley en una clara vinculación positiva⁴⁰, tanto siendo propias como delegadas. Es por ello que el carácter subsidiario o residual que predica la CEAL para las competencias locales, ha pasado a la historia al eliminar la cláusula de capacitación general del art. 25⁴¹, sólo pudiendo prestarse competencias distintas de las propias bajo la tutela de los dos informes⁴².

⁴⁰ Parece así revelarse la idea de los intereses exclusivamente locales condenados por la STC 32/1981: *“es muy cierto que, como afirma la representación del Parlamento de Cataluña, la Constitución no intenta resucitar la teoría de los intereses naturales de los entes locales que, en razón de la creciente complejidad de la vida social, que ha difuminado la línea delimitadora de los intereses exclusivamente locales, abocaría a un extremado centralismo. Pero precisamente por ello la autonomía local ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto las atañen, los órganos representativos de la Comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible. La Ley impugnada al privar a los Consejos Territoriales, con los que pretende sustituir a las Diputaciones, de estas potestades básicas y limitar sus competencias sustancialmente a las de estudio y propuesta (art. 10), privándolas incluso de la facultad de aprobar su propio presupuesto (art. 11), no respeta las condiciones mínimas que permitirían considerar subsistentes la autonomía de las provincias que la Constitución garantiza”*.

⁴¹ CEAL.Art.4: “el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía”. LRSAL. Ocho. El artículo 25 queda redactado como sigue: “1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo. La redacción original parecía ir más de la mano con ese alcance subsidiario del art. 4.2 CEAL. 2. Las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad “Redacción original: Artículo 25. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”.

⁴² Covid-19. Los servicios sociales tras la LRSAL. Habida cuenta de la reforma que la normativa y la jurisprudencia han producido en este sector, hay tres pasos claves en las competencias locales de salud, servicios sociales e inspección sanitaria; Asunción de la titularidad de la competencia por las CCAA. A través de un intento fallido por parte de la AGE de conminar a las CCAA a la asunción

3. Disponibilidad de los medios suficientes para satisfacer los intereses comunes

El tercer vértice de esta triple concepción de la autonomía local lo conforma la suficiencia financiera de las CCLL garantizada constitucionalmente en el art. 142⁴³.

de estas materias de las EELL a través de las DTI, II, III de la LRSAL “*asumiendo las CCAA las competencias que se preveían como propias por parte del municipio*”; Una cláusula residual de transitoriedad. La DT II de la LBRL permite a los municipios, provincias e islas conservar estas competencias en tanto que las CCAA no completen lo dispuesto en las disposiciones de la LRSAL asumiendo al completo la titularidad del servicio; Un varapalo constitucional. Una vez más es la vía del recurso de inconstitucionalidad y no el costoso conflicto en defensa de la autonomía local el que consigue demostrar que el legislador básico se ha excedido y que limitar una competencia a las EELL o revocarla para sí será una acción que deberá llevar a cabo la administración que ostente la competencia. Esto es así por cuanto no estamos hablando de regular “qué materias tienen un interés predominante local” algo que, si ha avalado el constitucional en la designación por el Estado, sino que la AGE actúe como legislador sectorial careciendo de título competencial y revocando una competencia previamente señalada como materia local. Sentencia 41/2016, de 3 de marzo de 2016. Recurso de inconstitucionalidad 1792-2014. Interpuesto por la Asamblea de Extremadura en relación con diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. “La situación actual. La atribución municipal de los servicios sociales ha quedado recudida a una lacónica y aséptica evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social. Amplio debate ha suscitado esta materia sobre la pandemia que ha asolado el planeta y hasta qué punto es un municipio competente, para subvencionar, ayudar o minorar los desastres sociales de esta enfermedad. Para ello debemos ser conscientes, que, tras la reforma por la LRSAL, la competencia en servicios sociales parece limitarse a la exclusión, por lo que empezaremos definiendo este concepto. El concepto de exclusión social se refiere a los procesos y situaciones que impiden la satisfacción de las necesidades básicas de las personas. La imposibilidad del desarrollo comercial como trabajo, han entendido algunos juristas locales, provoca la ausencia de recursos materiales y económicos para las familias y vecinos que se dedican a ello, imposibilitando su participación en el consumo de bienes y en las condiciones de vida de una sociedad determinada. Por ello, a través de esta vía muchos municipios han procedido a la convocatoria de ayudas en la medida que la administración local, como entidad más cercana al ciudadano, y tras el cierre de numerosos negocios del municipio, podrían constituir la única posibilidad de subsistencia mientras dura el cese de las actividades. Todo ello siempre y cuando no exista normativa autonómica que ya permita la concesión de este tipo de ayudas por las CCAA, a riesgo de estar produciéndose una duplicidad de competencias. (Art. 7.4 LBRL y preámbulo de la LRSAL) Sin una unión en común de la legislación básica y sectorial aplicable, no ha sido posible llevar a cabo la reforma económica pretendida con éxito sobre la administración local así, hemos tratado de explicar que lo que el legislador básico plasma en el art. 25 de la LBRL son materias con interés predominante local, orientativas para que el legislador sectorial atribuya competencia sobre la materia y que lo que restringe la vinculación positiva es que toda competencia propia deba venir atribuida por ley. Luego si las leyes sectoriales siguen atribuyendo competencia sobre servicios sociales a los municipios y las autonomías no han adaptado su normativa a la LRSAL nos encontramos con una nimia utilidad de la reducción competencial del art. 25 LBRL.

⁴³ Ibidem. Art. 105 LBRL. Artículo 105. “*De conformidad con la legislación prevista en el artículo 5, se dotará a las Haciendas locales de recursos suficientes para el cumplimiento de los fines de las entidades locales. 2. Las Haciendas locales se nutren, además de tributos propios y de las participaciones reconocidas en los del Estado y en los de las Comunidades Autónomas, de aquellos otros recursos que prevea la Ley*”.

En palabras de POSADA y SOSA WAGNER, parece imprescindible la posibilidad de que los Ayuntamientos puedan disponer libremente de sus recursos sin limitaciones ni cortapisas por parte del Gobierno Central⁴⁴. Esta suficiencia financiera no debe llevarnos al equívoco de concebirse como la garantía de una serie de ingresos o una segura financiación a cada entidad local con un carácter homogéneo, sino más bien la dotación de medios suficientes para que éstas puedan obtener y disponer libremente de sus recursos⁴⁵.

El TC en su STC 48/2004 de 25 de marzo realiza el distingo entre la suficiencia de ingresos y la autonomía financiera. Es una suficiencia de medios para la consecución de la autonomía constitucionalmente garantizada lo que pretende el legislador constitucional en el art. 142 toda vez que pudiera darse cierta relación de causalidad, pues una vez garantizados los medios se posibilita la condición de alcanzar los fines (gestión de sus respectivos intereses). STC 48/2004 25 marzo. *“Es, pues, el principio de suficiencia de ingresos y no el de autonomía financiera el que garantiza la Constitución española en relación con las haciendas locales, suficiencia de medios que, como hemos señalado también en reiteradas ocasiones, constituye el presupuesto indispensable para posibilitar la consecución efectiva de la autonomía constitucionalmente garantizada”*.

Ahora bien, la reforma operada a través de la LRSAL impuso que las competencias atribuidas a los EELL contasen con la necesaria financiación, constituyendo la suficiencia financiera un límite a la asunción de nuevas competencias. En este sentido el Tribunal declaró constitucional que la DAIX de la LRSAL⁴⁶ obligase a adaptar los convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación a la norma.

⁴⁴ SOSA WAGNER, F. (2001). *La construcción del Estado y del derecho administrativo*. Madrid, Marcial Pons, pág. 117, *“Resulta principal que los Ayuntamientos puedan disponer libremente de sus recursos sin condicionantes del gobierno central”*.

⁴⁵ STC 221/1992 de 11 de Sept. *“La Constitución no garantiza a las Corporaciones Locales una autonomía económico-financiera en el sentido de que dispongan de medios propios - patrimoniales y tributarios- suficientes para el cumplimiento de sus funciones. Lo que dispone es que estos medios serán suficientes, pero no que hayan de ser en su totalidad propios. Así lo expresa con toda claridad el art. 142 de la Constitución, al decir que las Haciendas Locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la Ley atribuye a las Corporaciones respectivas, y que se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de la participación en los del Estado y Comunidades Autónomas (...)”*.

⁴⁶ Sentencia 44/2017, de 27 de abril. *“La disposición adicional novena de la Ley 27/2013 contiene una regulación puramente adjetiva, tendente a fijar un plazo o término de adaptación a la nueva Ley de los convenios vigentes a su entrada en vigor. Presupuesta, desde la perspectiva del derecho sustantivo, la constitucionalidad de los artículos 7.4, 25 y 27 LBRL, no se advierten motivos de reproche respecto de una norma cuyo único objetivo es establecer un período suficiente de adaptación de los acuerdos o convenios preexistentes, que pudieran presentar alguna forma de incompatibilidad con el nuevo régimen jurídico”*.

V. EL LEGISLADOR BÁSICO COMO ORDENADOR DE LA AUTONOMÍA LOCAL CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADA

Resulta indiscutible afirmar que es competencia del Estado regular las bases del régimen local ex mandato del art. 149.1.18⁴⁷. Pero aún con todo, el proteico término “bases” ha venido usándose según la línea jurisprudencial vigente para desarrollar no sólo el régimen local bajo el marco de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, sino también bajo la regulación de la garantía constitucional e institucional de la autonomía local prevista en nuestra Carta Magna⁴⁸.

En la STC 214/1989 de 21 diciembre se resuelven cuatro recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la LBRL e interpuestos por el Parlamento de Galicia, Junta de Galicia, Consejo Ejecutivo de la Generalidad y Parlamento de Cataluña. Por la misma, el Constitucional trata de argüir la legitimidad del Estado al desarrollar parcialmente en la LBRL el pilar objetivo de la autonomía local: “*se condensa en la misma el criterio de que corresponde al legislador estatal la fijación de los principios básicos en orden a las competencias que deba reconocerse a las Entidades Locales, estableciendo, y garantizando, al fin, «su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses» y fijando al respecto unas directrices para llevar a cabo la asignación de tales competencias, directrices que se concretan en atender, en cada caso a las características de la actividad pública y a la capacidad de gestión de la Entidad local, de acuerdo con los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa de los ciudadanos. Fijados esos criterios –que incuestionablemente se mueven en el plano de los principios generales y que, por ello mismo, no deben suscitar reparo alguno en orden a su reconocimiento como bases de la materia–, concreta algo más la LBRL al delimitar las materias en las que necesariamente, de acuerdo con los principios señalados, a las Entidades locales deberán atribuírseles competencias, e incluso, especificando para los municipios los servicios mínimos que, en todo caso, deberán prestar. Así se prevé para los municipios en los arts. 25.2 y 26, y para las provincias en el art. 36, sin que, por lo demás, tales previsiones hayan sido objeto de impugnación alguna*”.

El Tribunal reiteró su doctrina sobre la autonomía local y la atribución de competencias que corresponde tanto al legislador estatal como al autonómico, pero puso de manifiesto que como había declarado previamente, es al Estado al que corresponde la fijación de los principios o criterios básicos para la atribución de las competencias en las materias que determinó la LBRL, con el fin de asegurar la atribución competencial en los asuntos que afecten a sus intereses.

⁴⁷ Si bien es cierto que existe un recurso ex profeso para la defensa de la autonomía local, esta defensa es mayoritariamente llevada a cabo de manera indirecta; esto es, a través de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos periódicamente por las CCAA por regulación del “régimen local”. Valgan estas líneas como crítica al intrincado procedimiento para el interponer el conflicto de defensa de autonomía local regulado en la LOTC.

⁴⁸ Distíngase leyes básicas de leyes de bases. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R (2017). *Curso de Derecho Administrativo*, XV Edición. Madrid. Civitas Thomson Reuters, págs. 48 a 50.

El pilar competencial de la autonomía local antes mencionado, presenta así un desarrollo por parte del legislador básico Estatal. Es el Estado a través de la LBRL el encargado de fijar una serie de materias en las que, por presentar un interés eminentemente local, deberá darse participación a los municipios en función de la actividad pública y la capacidad de cada administración⁴⁹.

Este doble cometido de las bases nos lo recuerda la más cercana STC 41/2016 de 3 de marzo que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asamblea de Extremadura contra la LRSAL en el que de manera sincrética aúna estos dos cumplidos “*sobre bases del régimen local, cubriría las regulaciones destinadas a concretar la autonomía constitucionalmente garantizada (arts. 137, 140 y 141.1 CE) y los restantes aspectos del régimen jurídico básico de todos los entes locales, sin que quepa equiparar ‘régimen local’ o ‘régimen jurídico de las Administraciones locales’ con ‘autonomía local’ porque “los imperativos constitucionales derivados del art. 137 CE, por un lado, y del art. 149.1.18 CE, por otro, no son coextensos...”*”.

Es así como distingue por un lado el desarrollo de la regulación constitucional de la autonomía local, (Art. 2 LBRL antes mencionado, arts. 25 y 26), de los restantes aspectos del régimen jurídico básico de todos los EELL que son, en definitiva, administraciones públicas. Por su parte, la sentencia declara de nuevo que los preceptos constitucionales que garantizan la autonomía local y la competencia estatal del 149.1.18 no tienen el mismo alcance.

La que fuera Letrada del Tribunal Constitucional y hoy Catedrática de Derecho Administrativo Eva Nieto Garrido sintetiza del siguiente modo la doble acepción de las “bases” para el régimen local⁵⁰: “*en efecto el modelo de descentralización territorial que contiene la CE en los arts. 137, 140 y 141 han sido desarrollados por la LBRL. La doctrina constitucional ha validado la regulación básica estatal al declarar la conexión que existe entre la garantía institucional de la autonomía local y las competencias del Estado para regular las bases del RJ AP. Para el Tribunal corresponde al Estado regular las bases del régimen local (149.1.18), que cumplen dos finalidades: La primera, concretar la autonomía local constitucionalmente garantizada para establecer el marco definitorio del autogobierno de las EELL directamente regulador por la CE. (Stc 103/2013, FJ 4, 143/2013 de 11 de junio, FJ3 Y 41/2016 de 3 de marzo FJ 3. Y la segunda, concretar los restantes aspectos del régimen jurídico básico de todos los entes locales que, en definitiva, Administraciones Públicas” STC 103/2013, FJ 4, 143/2013 11 junio, FJ3, 41/2016 3 marzo FJ3.*

⁴⁹ Artículo 2. LBRL “*Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”*.

⁵⁰ NIETO GARRIDO, E. (2018), op.cit. pág. 140.

A la complicación de la primera indefinición existente le sigue la flexibilización y mutación del concepto de bases en función de la materia. En palabras de la STC 31/2010 de 28 de junio “*son factibles en las bases un alcance diferente en función del subsector de la materia sobre la que se proyecten e incluso sobre el territorio (STC 50/1990 de 6 de abril y 147/1991 de 4 de Julio). Y ello no como pura excepción al criterio que para el art. 111 EAC constituye la regla de principio (base principal o de mínimo normativo, formalizada como ley), sino como elementos de la definición del contenido y alcance de la competencia tribuida al Estado cuando éste es el titular de la potestad de dictar las bases de la disciplina de una materia determinada*”.

Como declara el fundamento jurídico 5 e) de la STC 103/2013, de 25 de abril, la normativa básica en materia de régimen local debe ir dirigida a identificar aquel núcleo del ordenamiento que requiere de elementos comunes o uniformes en función de los intereses generales a los que sirve el Estado. Las bases así configuradas pueden alcanzar una mayor intensidad cuando afectan a las relaciones de las EELL con los administrados o cuando se refieran a las potestades de autoorganización⁵¹.

Toda vez la inseguridad jurídica que puede plantearse al reconocer el constitucional su desarrollo en preceptos que no tuvieran fuerza de ley. El propio RBEL⁵², por desarrollar ciertos preceptos básicos, suele erigirse en el sistema de fuentes como de aplicación preferente antes de la legislación estatal no básica: “*con el fin de garantizar un mínimo de seguridad jurídica el Tribunal acuñó la garantía formal de las bases estatales exigiendo, salvo para normativa preconstitucional que las normas básicas debían establecerse en una normativa con rango de ley. Ahora bien, el tribunal reconoció desde el principio excepcionalmente que las bases estuvieran contenidas en un precepto reglamentario cuando el mismo fuese “un complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia sobre las bases”*”. STC 69/1988, FJ5, 98/2991, FJ7, 14/2004, FJ11, entre otras.

Por último, diremos que tal como acontece con la mayoría de conceptos jurídicos en el que su ámbito objetivo de aplicación es difícilmente identificable, la tesis la vinculación negativa sale al rescate. Las SSTC 50/1999 de 6 de abril FJ 3 y 18/2011 de 3 de marzo FJ 10 dan muestra de la definición negativa de las bases con el criterio del vaciamiento; esto es, la prohibición de agotar la regulación y de vaciar con ello la competencia autonómica normativa en una materia cuya competencia legislativa es compartida entre el Estado y las CCAA⁵³.

⁵¹ STC 50/1999 de 6 de abril. FJ 3º no cabe atribuir a las bases estatales la misma extensión e intensidad cuando se refieren a aspectos meramente organizativos internos que no afectan directamente a la actividad externa de la Administración y a los administrados, que en aquellos aspectos en los que se da esta afectación.

⁵² Art.1 del RD. 1372/1986 de 13 de junio.

⁵³ Las bases en la potestad de autoorganización. Hemos declarado que “*conformar libremente la estructura orgánica de su aparato administrativo*” (STC 165/1986, fundamento jurídico 6º), establece cuáles son “los órganos e instituciones” que configuran las respectivas Administraciones (STC 35/1982, fundamento jurídico 2º), son decisiones que corresponden únicamente a las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, el Estado debe abstenerse de cualquier intervención en este ámbito (STC 227/1988 y a sensu contrario STC 13/1988).

VI. LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL Y LOS CONTROLES ADMINISTRATIVOS

Desde antiguo se configura una idea de control a través de la unificación⁵⁴, en palabras de SOSA WAGNER: “*el Estado es algo absoluto y necesario, no una casualidad, el Estado ha de ser y estar y todo el derecho incluso el constitucional, existe simplemente gracias al Estado y por él*”. Por tanto, todo control ejercido por el mismo estaba plenamente legitimado, y toda administración o ente incluido en él le debía una subordinación al existir una relación de jerarquía en este inicial concepto de autonomía⁵⁵.

No obstante, la ley 41/1975, de 19 de noviembre, de Bases del Estatuto de Régimen Local, da un giro en la tradicional idea de tutela y ya prepara en su preámbulo el camino hacia la etapa constitucional. Permítase en el texto reproducir algún pasaje; después de referirse a “*la descentralización, como principio de organización administrativa*” y a la consecuente “*limitación del control estatal sobre los actos a cuestiones de legalidad, que no debe afectar a aspectos de pura conveniencia*” (salvo excepciones), menciona que “*la otra perspectiva de la descentralización autonómica que inspira esta Ley es la relativa al control que la Administración del Estado puede ejercer sobre los actos de las Entidades Locales. El principio general es que éstas actúan bajo su responsabilidad, y que sus actos sólo son impugnables en vía judicial (...)*”⁵⁶.

La Ley 47/1978, de 7 de octubre, inmediatamente anterior a la Constitución, derogó casi en su totalidad la Ley 41/1975. Y previó en su artículo segundo la posibilidad de que el Gobierno dejara sin efecto los procedimientos de control y tutela que hubieran llevado a cabo la AGE respecto a las CCLL a excepción de los relativos a la enajenación.

Resultado de las primeras elecciones democráticas es el RD 1710/1979, de 16 de junio, “*Por el que se dejan sin efecto procedimientos de fiscalización, intervención y tutela del Ministerio de Administración Territorial sobre Entidades Locales en diversas materias y se dictan*

⁵⁴ STC 76/1983 de 5 de agosto: “*es cierto que la uniformidad constitucionalmente pretendida en los supuestos en que corresponda al Estado la normación sustantiva, legal y reglamentaria, y a las Comunidades Autónomas sólo la mera ejecución quedaría desvirtuada -como sostiene el Abogado del Estado- si el Estado no tuviera la potestad y el derecho de velar para que no se produzcan diferencias en la ejecución o aplicación del bloque normativo. Incluso en los mismos sistemas federales se reconoce una serie de atribuciones a las instancias federales que, en definitiva, se concretan en una función de vigilancia que la Federación ejerce sobre las actuaciones ejecutivas de los Estados miembros*”.

⁵⁵ SOSA WAGNER, F. (2002). *Maestros Alemanes del Derecho Público*. Madrid, Marcial Pons, pág. 90. “*El poder de inspección del Estado ha de explicarse porque los cometidos para los que han sido creados deben permanecer inalterables; de la misma manera, su actividad que ha de tener el tratamiento propio de la administración pública de la que proceden, aunque pueden desgajarse, algunas que tendrían carácter privado*”.

⁵⁶ Así en la base 43, se configura la AGE como órgano asistencial y colaborador: “*Uno. En la esfera de su competencia, las Entidades Locales actúan bajo su propia responsabilidad. Dos. La Administración del Estado desempeña funciones de asesoramiento, asistencia, colaboración y coordinación respecto de las Entidades Locales. Tres. Solamente por disposición con rango de Ley se podrán establecer autorizaciones o aprobaciones estatales, como requisito de eficacia de los acuerdos de las Entidades Locales, que deberán limitarse a aspectos técnicos y de legalidad, excepto que expresamente se disponga otra cosa en la Ley*”.

normas aclaratorias”. El caso es que en su preámbulo no sólo se justificaba en la Ley 47/1978 sino también y primeramente en la Constitución: “*La Constitución (...) ha decidido que las Entidades Locales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, por lo que el Gobierno debe suprimir todos aquellos procedimientos de fiscalización que no sean absolutamente necesarios para asegurar la coordinación entre las actuaciones de los órganos estatales y los de las Corporaciones Locales*”.

La Constitución española no define ni desarrolla la autonomía local y a tenor de la sentencia 4/1981⁵⁷ de 2 de febrero del TC, la existencia de controles de legalidad por entidades territoriales superiores y respecto a controles supramunicipales son plenamente compatibles. Tanto es así que con la promulgación de la Constitución Española y hasta que no se definen propiamente los controles de legalidad en la LBRL, existía en la Administración Periférica del Estado y con delegaciones en todas las provincias incluidas las dos ciudades autónomas, una institución dirigida por el Gobernador Civil que “*supervisaba*” el cumplimiento del derecho administrativo en las Entidades Locales⁵⁸.

Que la autonomía local únicamente cobra sentido en el marco de la vertebración territorial estatal es algo que queda proclamado desde el art. 2 de la actual CE, pero para ello y que así quede garantizado, el Estado ha creado ciertos mecanismos de control que en determinadas ocasiones puedan reconducir o someter la autonomía local al imperio de la ley armonizando de este modo los intereses municipales con los intereses generales de la Nación⁵⁹. Es así como la autonomía local se ejerce en el limbo entre la libertad y control⁶⁰.

⁵⁷ El carácter programático de la autonomía local hace que haya tenido que ser el Tribunal Constitucional el que precise o matice el alcance de la misma, y que aquélla es compatible con la idea de controles supralocales. STC 4/1981, de 2 de febrero FJ 3º. Tras concretar la idea del interés predominante o interés propiamente local (que entendemos deviene de la idea de “*pouvoir municipal*” o asuntos locales) Este poder “*para la gestión de sus respectivos intereses*” se ejerce –por lo demás– en el marco del Ordenamiento. Es la Ley, en definitiva, la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de entes, de acuerdo con la Constitución. Y debe hacerse notar que la misma contempla la necesidad –como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación (137 Y 140 CE)– de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución tanto en relación a las Comunidades Autónomas, concebidas como entes dotadas de autonomía cualitativamente superior a la administrativa (arts. 150.3 y 155, entre otros), como a los entes locales (art. 148.1.2.º). El Tribunal Constitucional viene a decir que junto a los intereses propiamente locales que defiende la autonomía (Teoría del interés predominante), coexisten los intereses generales de la Nación, que pueden y deben defenderse mediante las técnicas de control de legalidad.

⁵⁸ Servicio de inspección y asesoramiento a municipios hoy en día apocopado en la sección de relaciones con otras administraciones.

⁵⁹ FANLO LORAS, A. (1990), op. cit. Acerca de la teoría francesa del *pouvoir municipal*.

⁶⁰ Plena responsabilidad de las EELL y ejecutividad de sus actos por el art. 51 LBRL. Esta idea es repetida por casi todos los preámbulos en los que el legislador estatal trata de algún modo el régimen local, tratando de esquivar el tenebroso recurso de inconstitucionalidad autonómico o en su caso el inerme conflicto en defensa de la autonomía local. Para muestra el preámbulo del RCIEL: “*adicionalmente, cabe señalar que el diseño del modelo respeta el principio de la autonomía local, en la medida en que se limita a establecer los estándares mínimos del régimen de control, por lo que corresponde a las distintas Corporaciones adaptar a su realidad los distintos instrumentos que se prevén, en función de los riesgos y de los medios disponibles. En este sentido, resulta particularmente novedosa la posibilidad de establecer mecanismos de colaboración o contratación*

Estos controles fueron evolucionando de manera pareja a la idea de autonomía desde su concepción.

Uno de los criterios más utilizados y tinte significativo de la idea de descentralización territorial y autonomía española que bebe de las fuentes de la francesa⁶¹, italiana o alemana es la evolución de la idea de tutela administrativa o control de las EELL ejercido inicialmente por la AGE sobre la actividad de las Corporaciones Locales, a lo que se sumará tras el constitucionalismo de 1978, el control autonómico respecto a las materias afectadas.

orientados a lograr el mejor desempeño de la función, siempre con el objetivo último de garantizar el control efectivo de un porcentaje significativo de los recursos empleados”.

⁶¹ RUIZ DEL CASTILLO Y DE NAVASCUÉS, C.E. (1962), op. cit. pág. 33. *“A tenor de lo dispuesto en la Ley de 5 de septiembre de 1947 y el Decreto de 18 de septiembre de igual año el Gobierno puede disolver un Consejo municipal mediante Decreto, a propuesta del ministro del Interior. Este derecho que asiste al Gobierno es consecuencia de la integración de las colectividades locales en la administración del Estado. Si el Consejo municipal se manifiesta incapaz de desarrollar sus funciones, si abusa de sus poderes o si constituye una amenaza para el funcionamiento de los servicios públicos o de la Administración local, el Gobierno interviene. El gran número de partidos políticos presentes en la lid y el carácter personal de la política municipal impiden, frecuentemente, la constitución de una mayoría estable en los consejos municipales. Así el Consejo municipal de Levallois-Perret e componía, con anterioridad a su disolución, de dieciséis de gaullistas, quince comunistas, tres M.R.P. y tres socialistas. No había Administración que pudiera funcionar en estas condiciones, porque el equilibrio de las fuerzas podía cambiar de un día a otro, por enfermedad de un consejero o por disensiones internas del mismo partido”.*

Ibidem. Acerca de la remisión de los acuerdos al precepto, pág. 54. *“Cuando el Consejo municipal ha tomado una decisión sobre un problema particular, el alcalde debe enviar una copia de la deliberación en el plazo de una semana, al Prefecto o al Subprefecto, según cuál sea la Autoridad tutelar correspondiente. Esta disposición permite a la Prefectura conservar todas las deliberaciones en una colección actualizada. Dicha disposición implica, también, la transferencia al Prefecto o a su colaborador de la responsabilidad de decidir a qué categoría pertenece la deliberación, sin que el Consejo municipal sea, pues, el único juez en la clasificación”. De ello se deriva que el procedimiento es distinto según se trate de decisiones inmediatamente ejecutivas o de aquéllas que deban ser aprobadas por la Autoridad tutelar. Sobre la tutela de las EELL página 127 llega a decir que “una de las principales actividades de la Administración local francesa consiste en vigilar y guiar a las EELL. Como se ha señalado en la Introducción, los principios de control y de vigilancia de las EELL forman parte integrante del Derecho constitucional francés. El Estado necesita, en interés propio, que la Administración sea honrada y que funcione bien. Cuando da poderes a aquellos de sus funcionarios que residen en Provincias, se dice que hay desconcentración. Estos funcionarios quedan sometidos al control de su superior jerárquico y sus decisiones pueden ser anuladas por otro funcionario estatal que posea un poder discrecional más extenso. Esto constituye el control jerárquico y nada tiene que ver con la tutela. La tutela, por el contrario, comienza cuando el Estado concede sus poderes de decisión a una persona sustraída al control jerárquico, pero cuyos actos se realizan en nombre de organismos públicos que pertenece al conjunto de las Instituciones del Estado. Las EELL no tienen ninguna existencia independientemente del Estado y por lo tanto, las Asambleas locales no tienen ningún poder originario, sino que disponen tan sólo del que les delega una Autoridad superior. Es por ello que descentralización y tutela van siempre unidas. entendiendo tutela como “conjunto de poderes limitados concedidos por la ley a una Autoridad superior sobre agentes descentralizados y sobre sus actos, con el propósito de proteger el interés general”.*

Si los tradicionales “tres pilares”⁶² de la autonomía local pueden configurarse como tres extremos positivos o descriptivos del ámbito subjetivo y objetivo de la autonomía local, la tutela y su evolución al control de legalidad opta por la vertiente negativa de la misma, en la que, actuando a modo de techo o límite, parece materializar la idea de descentralización local en concordato con la soberanía nacional.

VII. REFLEXIÓN FINAL

Se aboga desde la presente por una autonomía local más intervencionista, un paso por delante de la concepción actual en la que el mandato a proteger la autonomía se consume con la contribución formal (no material o efectiva) por parte del legislador sectorial estatal y autonómico. Remarcamos el adjetivo efectivo porque tal y como trata de exponerse, la autonomía local de base debe servirse de la cooperación, colaboración e incluso de la subrogación competencial a medio de los controles administrativos que son abundantemente interpretados como intromisiones o injerencias a la autonomía local, sin tener en cuenta la heterogeneidad de la planta municipal.

Otro de los sinsabores de parte de nuestro Título VIII se ha revelado al observar como la autonomía ha sucumbido a los intereses partidistas subyaciendo en varios de los argumentos aquí a tratar intereses políticos y de poder. Esto es, que los concienzudos esfuerzos de jueces y juristas ut supra mencionados han ido por la borda frente a acuerdos políticos utilizando la “abierta” regulación del poder a modo de arma arrojadiza y de control de cierta parte del territorio. Descentralización administrativa para la mejora de la prestación de los servicios y la eficacia al vecino han quedado en segundo plano por la hegemonía de partido, coadyuvado por la estructura de la planta municipal.

BIBLIOGRAFÍA

- Carbonell Porras, E., Cosculluela Montaner, L. y Vendelli, L.: *La reforma del gobierno local en España e Italia*. Italia. Editoriale Scientifica, 2019.
- Carro Fernández-Valmayor, J.L.: “El debate sobre la autonomía municipal”, *RAP*, Núm. 147 septiembre 1998.
- Fanlo Loras, A.: *Fundamentos Constitucionales de la Autonomía Local*: Madrid. Centro de estudios constitucionales, 1990.
- Fuertes López, M.: “Los Grecos y las competencias municipales”. *Curso de formación a magistrados organizado por el Consejo General del Poder Judicial*, 2008.
- Fuertes López, M.: “La hora de la FEMP y del COSITAL tras el naufragio de un Decreto-Ley”, *Blog es público*, 2020.
- García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T-R: *Curso de Derecho Administrativo*. XV Edición. Madrid. Cívitas Thomson Reuters, 2017.

⁶² SOSA WAGNER, F. (2001). *Manual de derecho local*. Madrid. Aranzadi, pág. 35.

- García Morillo, J.: *La configuración constitucional de la autonomía local*. Barcelona. Marcial Pons, 1998.
- González Rivas, J.J.: “La autonomía local en la reciente jurisprudencia Constitucional y del tribunal Supremo”. *Cuadernos de derecho local*, 2005.
- Jaramillo Fernández, M.: “Comprendiendo la garantía institucional de la autonomía local: desde Carl Schmitt hasta la reforma del art. 135 de la constitución española” *Revista digital CEMCI*, Núm. 29, 2016.
- Nieto Garrido, E.: *El estatuto constitucional de los Entes Locales Navarra*. Aranzadi, 2018.
- Parejo Alfonso, L.: “La autonomía local”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, sección Doctrinal*, 1986.
- Posada Herrera, J. (Ed.): *Lecciones de administración del Sr. D. José Posada Herrera*. Oviedo. Universidad de León y Universidad de Oviedo, 1996.
- Rivero Ortega, R.: “Autonomía local y competencias: castilla y león en el escenario previo al pacto local”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2011.
- Ruiz del Castillo y de Navascués, C.E.: *La administración local en Francia*. Madrid. Instituto de Estudios de Administración Local, 1962.
- Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución*. Madrid. Traducción española. Alianza Editorial, 2011.
- Sosa Wagner, F.: *La construcción del Estado y del derecho administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 2001.
- Sosa Wagner, F.: *Manual de derecho local*. Madrid. Aranzadi, 2001.
- Sosa Wagner, F.: *Maestros Alemanes del Derecho Público*. Madrid, Marcial Pons, 2002.
- Tornos Más, J.: “La reforma de la administración local en Italia”. *Revista de Administración Pública*, Núm. 112, 1987, págs. 359-380.
- Velasco Caballero, F.: *Derecho local. Sistema de Fuentes*. Barcelona. Marcial Pons, 2009.

Título X
de la Reforma Constitucional

El papel de la Constitución en la defensa de la democracia frente al populismo

Esther Seijas Villadangos

Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de León. meseiv@unileon.es

Recibido
7 febrero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Globalización;
Populismo;
Constitucionalismo;
Jurisprudencia de las consecuencias;
Revisión judicial débil.

KEYWORDS

Globalization;
Populism;
Constitutionalism;
Jurisprudence of Consequences; Weak
Judicial Review.

Resumen

La defensa de la Constitución en el siglo XXI es sinónimo a la protección del Estado democrático de Derecho. Las coordenadas espacio temporales en las que se concibió la Constitución, como referente organizativo en abstracto de la mano de la Revolución francesa y como elemento clave para la democratización española, han cambiado de forma súbita en los últimos años, y particularmente en la última legislatura. En la reflexión que aquí se realiza se partirá de analizar tres categorías de conceptos: globalización, populismo y constitucionalismo, para asentar los pilares, de un análisis prospectivo, anclado en las referencias fácticas a supuestos que podemos catalogar de populistas. En el último estadio de este ensayo articularemos las estrategias a las que puede acudir el Derecho Constitucional para contrarrestar y para anticiparse a las desviaciones populistas. El papel de los Tribunales Constitucionales y su reacción frente a las corrientes que propugnan un *weak judicial review* será la clave.

The role of the Constitution in the defense of democracy against populism

Abstract

The defense of the Constitution in the 21st century is synonymous with the protection of the democratic rule of law. The space-temporal coordinates in which the Constitution was conceived, as an abstract organizational reference point in the hand of the French Revolution and as a key element for Spanish democratization, have changed suddenly in recent years, and particularly in the last Legislature. In the reflection carried out here, we will start by analyzing three categories of concepts: globalization, populism and constitutionalism, in order to lay the foundations of a prospective analysis, anchored in factual references to assumptions that we can classify as populist. In the last stage of this essay we will articulate the strategies to which Constitutional Law can resort to counteract and anticipate populist deviations. The role of the Constitutional Courts and their reaction to the currents that advocate a *weak judicial review* will be the key.

Introducción – I. Retrospectiva: globalización, populismo y constitucionalismo: I.1. Globalización: I.1.1. El *iter* de la globalización; I.1.2. Características de la globalización; I.1.3. Efectos y dimensiones de la globalización; I.1.4. Los límites de la globalización; I.2. Populismo: I.2.1. El contexto en el que surgen los populismos; I.2.2. Taxonomía del populismo: principales elementos de las prácticas populistas; I.2.3. Tipologías dicotómicas de los populismos; I.2.4. Estrategias del populismo; I.2.5. Legitimación desde la dogmática constitucional de los populismos; I.3. Constitucionalismo – II. Perspectiva actual – III. Prospectiva: anticipación a las derivas populistas desde la defensa de la Constitución – Bibliografía

“La democracia no puede ser solamente definida como un régimen fundado sobre el libre consentimiento de los ciudadanos; sino que debe ser simultáneamente entendida en términos tales que hagan imposible su apropiación por aquellos que tengan la pretensión de encarnar la comunidad total de ciudadanos”

Pierre Rosavallon

Le siècle du populisme. Histoire, théorie, critique, Seuil, Paris, 2020, p. 209.

INTRODUCCIÓN¹

Las cuatro lecturas y relecturas que acompañaron el final de un año desdichado y el comienzo de otro, 2021, que no promete grandes alegrías, aunque sí una esperanza comedida especialmente desde el prisma del populismo desde el que se escriben estas líneas, son el punto de arranque para la reflexión que se va a verter en este ensayo y de la que el lector puede participar, extrayendo sus propias consecuencias. Estos trabajos son: Ann Appelbuhn, *The twilight of Democracy*, New York, Doubleday, 2020; John Keane, *Life and Death of Democracy*, London, Simon & Schuster, 2009; Pierre Rosavallon, *El siglo del populismo. Historia, Teoría, Crítica*. Barcelona, Galaxia Gutemberg, 2020 y Enrique Krauze, *El pueblo soy yo*. Barcelona, Debate, 2020. Sobre todos ellos se proyecta el libro de cabecera, *La defensa de la Constitución*, de Carl Schmitt, prologada magistralmente en España por Pedro de Vega².

La ordenación de esta reflexión va seguir un esquema diacrónico, expresado a modo de tríptico, protagonizado por tres grandes capítulos: retrospectiva, perspectiva actual y prospectiva. Desde cada uno de ellos buscaremos ahondar en ese inquieto maridaje entre populismo y constitucionalismo que nos ocupa y preocupa. En el primero de ellos, Análisis retrospectivo, trataremos de apuntalar conceptualmente los referentes necesarios para su comprensión, a modo de básico glosario. Así, hablaremos de constitucionalismo, globalización y populismo, todo ello desde una metodología deductiva en la priorizaremos postulados teóricos y que ordenaremos de modo que el resultado sea una presentación racional y académica de estas categorías. Cambiaremos la metodología, optando por un plano inductivo, en el segundo de los capítulos, Perspectiva actual de los populismos, para repasar alguno de los perfiles populistas más

¹ Trabajo enmarcado en el Proyecto del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades Programa: Derecho (JURI) Código oficial: PID2019-104414GB-C32. “Instrumentos contramayoritarios en el estado constitucional”.

² SCHMITT, C., *La Defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983. Publicada originalmente en 1929, con el título el castellano *El Tribunal del Reich como Guardián de la Constitución*.

relevantes que nos ofrece la realidad política de nuestros días. Finalmente, como capítulo final, Prospectiva del populismo y del constitucionalismo, buscaremos acotar en el campo del Derecho Constitucional cuáles son las principales derivas populistas que nos podemos encontrar. Particularmente, en el ámbito de los nuevos derechos que afloran y de cómo se plantean; en lo concerniente a la interpretación de las Constituciones y en un plano más amplio la concepción con tintes populistas de una nueva justicia constitucional, que vertebraremos sobre los conceptos de justicia constitucional dialogada o débil.

Tributarios del pesimismo constructivo vital que nos es propio, acabaremos este ensayo apelando a unas propuestas de solución con las que comprometeremos el quehacer constitucional, a los efectos de no olvidar su esencia, sus logros y también su versatilidad y dinamismo, siempre encauzado por unos procedimientos garantistas que son la clave de la conjunción entre democracia y Estado de Derecho.

I. RETROSPECTIVA: GLOBALIZACIÓN, POPULISMO Y CONSTITUCIONALISMO

Se procederá a iniciar el trabajo con una dosis de abstracción que valoraremos útil para comprender la casuística, siempre inabarcable, de experimentos populistas que jalonan la vida política actual. Para ello, los elegidos son globalización, populismo, y constitucionalismo, porque de su conjunción podremos extraer una comprensión más fiable de cómo interactúan estas fuerzas que plantean el pulso más arriesgado del constitucionalismo desde su consolidación.

I.1. Globalización

El presupuesto de partida es admitir, sin necesidad de solemnizar, algo que es obvio: estamos en un mundo global, y el hecho de que hasta el momento las manifestaciones más punteras de ese fenómeno se focalicen en los movimientos de capitales, el comercio internacional, la tecnología, liderada por internet, a lo que cabría agregar las pandemias, es solo una concepción limitada del alcance e implicaciones del fenómeno de la globalización. Otro dato de interés, que hemos de rechazar tajantemente, es la simplista asociación de la era de la globalización con un abanico de crisis, no en su propio sentido etimológico vinculado a la idea de cambio, sino en su acepción más coloquial de decadencia. Se habla así de que la globalización arrastra la crisis de los partidos políticos, en cuanto en el mundo actual los ciudadanos forman su opinión política a través de los medios de comunicación y redes sociales (*global mass-media*)³, relegándose la misión de los partidos políticos a un mero instrumento para hacer carrera política. Igualmente, no podemos ignorar todas aquellas voces que abogan por una incurable crisis del Estado y, sobre todo, por una crisis de la soberanía⁴.

³ *Sic.* Minc afirma que “hoy la dinámica más natural es que la herencia de la democracia representativa tienda a perpetuarse en la democracia de la opinión pública. En un universo cada vez más corporativista, lo único que hacen los partidos políticos, al intentar conservar el monopolio de la elección de los “candidatos”, es comportarse como un *lobby* más entre otros. Se agarran a este poder que genera, de rebote, ventajas adquiridas”. MINC, A., *La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública*, Madrid, Temas de Hoy, 1995, pp. 27-28).

⁴ *Vid.* B. BADIE, *Un monde sans souveraineté. Les États entre ruse et responsabilité*. Paris, Fayald, 1999. Este interesante trabajo, inicialmente descriptivo, comienza con un repaso del incierto concepto de soberanía, procediendo posteriormente a identificar los epifenómenos de su presunto declinar: la

Uno de los rasgos más singulares de este contexto es la cohabitación entre una tendencia centripeta homogeneizadora, de la mano de la mundialización y de la globalización, y una tendencia centrífuga, diversificadora, asociada a la idea de potenciación de los elementos diferenciales o asimétricos. La relación entre ambas podría desplegarse en torno a dos posturas.

Para una, defensora máxima de la faceta homogeneizadora y uniformizadora del proceso de la globalización, hablar de asimetrías en este contexto no es más que un contrasentido, en cuanto se trataría de una pequeña barca que nadaría contracorriente en un inmenso mar en el que sólo navegan grandes buques, y que por tanto su futuro sería efímero, abocado al hundimiento como consecuencia de la potencia del arrastre de las grandes naves globalizadoras, sin que nada ni nadie se percatase de ello. Para otra postura, que persigue agotar las consecuencias a que un modelo de configuración localista puede aspirar, el nuevo marco global es el contexto ideal en el que cabría retomar el impulso de sus reclamos, una vez que se ha obviado el escollo de su más inmediato elemento de contención, que es el Estado. De esta forma, la nueva sociedad global, tecnológicamente avanzada, abierta económicamente, puede convertirse en la incubadora de reacciones nacionalistas o asimétricas que quebrarían el escenario uniforme al que parece verse abocado el sistema global. Entre ambas tensiones el populismo ha encontrado un acomodo perfecto, fagocitándose con ambas corrientes. Hay populismos globales o de vocación global, populismos antiglobales y populismos nacionalistas, como veremos.

Un tratamiento ordenado de todas las cuestiones apuntadas podría partir de la propuesta de construir un puzzle, cuyas únicas tres piezas sean los conceptos hasta el momento utilizados: mundialización, globalización y localismos asimétricos. Respecto a todos ellos es necesario “desfacer el entuerto” de lo que en el mensaje que respectivamente respalda a cada uno hay de realidad, pero también de velo ideológico, parafraseando a Rawls.

La perspectiva metodológica más adecuada para afrontar esta tarea deconstructiva es la de tratar de delinear el *iter* diacrónico que ha marcado la gestación de estos fenómenos, mundialización, globalización y localismos asimétricos.

En el punto de partida se ha de situar el elemento de *mundialización*. La *mundialización*, en una acepción estricta de su significado, se ceñiría a las corrientes de interdependencia transnacional que, incluso remontando sus orígenes a finales del siglo XV, presentan en las

mundialización de lo local (pp. 168-174), la fiebre regional (pp. 175-192) y los nuevos avatares de la escena mundial (pp. 193-217). Complementando esta percepción descriptiva, el autor pasa a abordar lo apuntado en el subtítulo de su obra, *Los Estados entre la astucia y la responsabilidad*, señalando que si antiguamente el principio de soberanía dotaba a la escena internacional de la ilusión del orden y de la coherencia (p. 28), en la actualidad los Estados han de estar en una transacción permanente con los nuevos actores de la realidad internacional (p. 288). Para ello, su recomendación se condensa en la propuesta de afrontar una reconstrucción del contrato social, a partir de nuevas comunidades políticas que cesen en su reclamo de ostentar en exclusividad la facultad de conceder el *status* de ciudadanos y que acepten la nueva volatilidad identitaria que se inscribe banalmente en el proceso de mundialización. Para ello “han de cooperar y entrar en coalición con actores internacionales que no sean Estados; consentir unas actuaciones en espacios variables que no son fijados por una unidad territorial soberana; asumir los flujos transnacionales, cada vez más y más importantes, no sólo materialmente, sino también humanitariamente y adherirse a un espacio mundial que se encuentra estructurado según diferentes modalidades que obedecen a múltiples factores temporales” (pp. 298-299).

postrimerías del siglo XX sus manifestaciones más tangibles. Dichas exteriorizaciones del fenómeno de la mundialización se pueden constatar en diferentes ámbitos de la actividad humana, siendo los más punteros los referidos a la economía, la tecnología, la cultura o la sociedad. En tal sentido, la mundialización se comprende como un *prius*, eminentemente fáctico, con respecto al cual las reacciones posibles son de carácter antagónico, una la globalización, otra el localismo asimétrico.

Respecto a la primera de estas potenciales reacciones, la de cariz globalizador, su existencia, tributaria del marco ideológico neoliberal en el que se ha gestado, se presenta como el cumplimiento de una serie de proposiciones a las que instintivamente se conecta la modernidad, de conformidad con los ejes o pilares definidos en el período de la Ilustración europea como epifenómenos de dicho proceso. Así, en el terreno social se predicaría la posibilidad de una libre movilidad social basada exclusivamente en los méritos individuales; en el ámbito de las convicciones y de las creencias, la secularización se expandirá como fruto del predominio de la “lógica de la razón” en todos los ámbitos de la existencia humana; en la faceta cultural se procederá a una incorporación homogénea de todos los pueblos del mundo a un modelo de civilización superior, que vendría a coincidir con los paradigmas de la cultura occidental y, finalmente, la posibilidad de un crecimiento económico indefinido será la indefectible consecuencia a la que nos veamos abocados desde los avances científicos y técnicos que supuestamente llevan implícitos el progreso y el desarrollo (ALCINA, 1999).

Una definición de lo que cabría entender por *globalización* apunta al “avance hacia la instauración en el planeta de un único sistema en lo económico, lo político, lo cultural y lo comunicacional”⁵. La globalización se presentaría, así como la culminación del proceso de mundialización, identificado con una profundización de los nexos de interdependencia entre Estados. Los populismos se han acomodado a esa propagación global con gran maestría.

Finalmente, en lo que concierne a las reacciones de localismo asimétrico hemos de recuperar, básicamente, lo siguiente. La asimetría para el Derecho Constitucional supone una modalidad de estructuración estatal que presentan determinados Estados en los que los entes territoriales dotados de autonomía política que lo componen disfrutan de un trato constitucional diferenciado, legitimado en el reconocimiento positivo de disponer de singularidades de diversa índole (lingüísticas, culturales, jurídicas o financieras) con relación a los restantes componentes del Estado. En otros términos, se trataría de la interpretación de las consecuencias que derivan del reconocimiento constitucional de ciertas particularidades específicas o propias de determinados territorios. Una desviación de estas asimetrías, aliñadas con fuertes dosis de populismo, es la reivindicación de una autodeterminación.

1.1.1. El íter de la globalización

Los planteamientos globalizadores no son *stricto sensu* tan novedosos como a primera vista podría parecer. En 1795, Immanuel Kant escribe el opúsculo *La Paz Perpetua*, cuya línea argumental se integra en la serie de proyectos sobre la construcción de una organización internacional de alcance mundial que se han sucedido desde la baja Edad Media hasta nuestros

⁵ MORENO, I., “Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-Nación”, en CORCUERA ATIENZA, J. (Dir.), *Los nacionalismos: globalización y crisis del Estado-Nación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 17.

días. Así, con anterioridad a Kant, cabría destacar otras propuestas pseudoglobalizadores como las de Sully y Emeric Crucé, Will Penn, el Abate de Saint-Pierre o Bentham.

Respecto a todos ellos, el concepto kantiano de globalización es consciente y asume el presupuesto utópico sobre el que se construye, renunciando consecuentemente al mismo en favor de una opción más realista consistente en una “*federación* de Estados libres”. La permanencia de los cuerpos estatales en esa “República Mundial” que postula nos induce a pensar que realmente tal construcción está más próxima a nuestro concepto de confederación, que al de federación propiamente dicho.

Suscita un especial interés la conexión que a los ojos de Kant se traba entre mundialización y diferencialidad, razonamiento que se recupera en nuestro discurso como eslabón argumental a los efectos de introducir la otra reacción posible y probable a la mundialización, la consistente en ponderar el localismo, la heterogeneidad frente a la homogeneidad, la del populismo local asimétrico frente a la simetría globalizadora. Para el eminente profesor de la Universidad de Königsberg, dos tipos enfrentados de razones legitimadoras auspician respectivamente cada una de dichas tendencias, la globalizadora y la diferenciadora. Mientras la globalización se apoya en la razón de Estado, la localización diferenciadora esgrime argumentos enraizados en la propia “naturaleza”.

La referencia a una reciente irrupción de la globalización se aproxima más en el tiempo y se ubica a finales de los años 80 y comienzos de los 90 del siglo XX. Tres son los fenómenos con los que se asociaría la moderna acepción de globalización: la irrupción de un ciclo político económico en los países capitalistas marcado por una fuerte ampliación de la esfera económica privada tanto a nivel interior como a nivel internacional; el fin de los sistemas socialistas en la Europa oriental, particularmente de la Unión Soviética y, finalmente, el rápido crecimiento y difusión de las nuevas tecnologías informáticas aplicadas a las telecomunicaciones, a las actividades económicas y a la vida cotidiana de la mano de las redes sociales, de modo que se reduzca ostensiblemente el tiempo, los costes y otros obstáculos en las comunicaciones a grandes distancias.

I.1.2. Características de la globalización

Un intento de desgranar el conjunto de los atributos que se han prodigado sobre el fenómeno de la globalización y que contribuirá, previsiblemente, a aprehender mejor ese concepto nos lleva a recuperar los siguientes calificativos que resultan de evidenciar algunas tensiones inherentes al proceso globalizador:

- En primer lugar, estamos ante un fenómeno *transversal* que se manifiesta en múltiples y diversos ámbitos: económicos, sociológicos, políticos, jurídicos, informativos, sanitarios... Esa dimensión transversal de la globalización se va a evidenciar con meridiana claridad en una proyección multifacética en diferentes dimensiones como trataremos de describir en el siguiente epígrafe. Sin embargo, pese a esa dimensión poliédrica de la globalización, un potente contenido económico va a monopolizar la mayoría de los discursos globalizadores.
- En segundo lugar, estamos ante un fenómeno *irreversible e imparable*. Si podemos periodificar su evolución, a partir de unos orígenes más o menos definidos e inmediatos, finales del siglo XX, se nos antoja imposible el intento de prever el final de la globalización.

Igualmente, no se concibe un retroceso o una renuncia a los avances, especialmente, en el ámbito tecnológico que ha conllevado la globalización. La tensión ahí se evidencia entre el *status quo* y el impulso globalizador. La incorporación a alguna de las manifestaciones de la globalización se manifiesta como un pasaporte imprescindible para adentrarse en los nuevos tiempos. El ritmo vertiginoso de esos cambios incluye el riesgo de la inadaptación y la exclusión.

- En tercer lugar, es un fenómeno *heterogéneo*. Básicamente esa heterogeneidad la podemos asimilar a desigualdad o a desequilibrio con el que los efectos de la globalización se han extendido. Podríamos hablar de los grados de la globalización, disociando zonas del planeta donde esa globalización se ha sentido con más intensidad de otras donde sus efectos han pasado prácticamente desapercibidos. En ese sentido la globalización ha contribuido a ahondar las desigualdades entre seres humanos, en contra de lo que formalmente puede hacernos creer que la globalización armoniza y homogeniza.

I.1.3. Efectos y dimensiones de la globalización

Los presupuestos reales del fenómeno de la globalización pueden desglosarse, a efectos expositivos, en tres grandes dimensiones: la económica, la cultural y la política. Económicamente, la globalización se reifica en los procesos de transnacionalización y fusión del capital, en el redimensionamiento del mercado de las nuevas tecnologías, de la mayor parte de las materias primas y de las mercancías manufacturadas. Una de las manifestaciones más comunes de ese proceso económico global es la deslocalización de los procesos productivos, cuyo principal resultado se traduce en la imposibilidad de la construcción y del mantenimiento de economías productivas sobre estructuras exclusivamente estatales.

La dimensión cultural apunta hacia el papel protagonista de los medios de comunicación, las nuevas tecnologías, los programas informáticos, las inclinaciones estilísticas, culinarias o musicales. Estos diferentes motores impulsan la consolidación en todos los ámbitos de la “aldea global” (MACLUHAN, 1990) de la que hablara refiriéndose al ámbito de los medios de comunicación, y que estaría protagonizada por una inevitable homogeneización social. El ritmo vertiginoso de los nuevos cauces de comunicación, especialmente las redes sociales, consigue movilizaciones impredecibles. Finalmente, la esfera política evidencia el crecimiento de instituciones y organismos supraestatales que, a nivel mundial o en amplias áreas económico-políticas, ejecutan actividades pertenecientes hasta hace muy poco a la exclusiva esfera soberana de los Estados. Igualmente, la generalización de la democracia, al margen de sus puntuales implementaciones, refuerza esa dimensión política de la realidad que incorpora la globalización.

Sobre este substrato fáctico, real, de la globalización se proyecta su faceta ideológica. Esta circunstancia nos hace plantearnos si en realidad nos encontramos ante un proceso de globalización, inicialmente conectado a todas y cada una de las dimensiones citadas, o si por el contrario la globalización no es más que una máscara ideológica, otro opio del pueblo al decir de Marx, que responde exclusivamente a los intereses del pensamiento neoliberal en el que se ha incubado (TOURAINÉ, 1996).

La mundialización y las dimensiones fácticas de la globalización son reales, existen objetivamente y se traducen en un incremento verdadero de la interdependencia. Empero, tal

interdependencia no se basa en la reciprocidad, el equilibrio y la igualdad con que el modelo se asocia utópicamente, sino que, por el contrario, es fuertemente desigualitaria y desequilibrada.

Entre las falacias⁶ que engrosan el discurso globalizador es destacable la ruptura que este supone con respecto a las categorías espacio-temporales hasta ahora manejadas, circunstancia que tiene una fuerte influencia en el Derecho, especialmente en el Derecho Constitucional. La sustitución de la idea tradicional de espacio utilizada en el orden jurídico por una nueva dimensión difusa y etérea que se extiende a la totalidad del orbe terrestre arrastra consigo la subsiguiente desaparición de la principal estructura política con base territorial existente, la organización estatal. El declinar de uno de sus elementos, el territorio, proyecta sus efectos sobre la esencia y la naturaleza estatal, así como sobre su principal atributo, la soberanía. Idéntico porvenir es el que cabe deparar a otro de los pilares claves del sistema jurídico-político vigente, el elemento tiempo y la concepción histórica que lo desarrolla. La volatilización en el plano político de la historia presenta como detonante la ponderación de la momentaneidad. El concepto de “tiempo mundial” o “tiempo global”, auspiciados por la celeridad con que los distintos acontecimientos tienen lugar y por la inmediatez con que se procede a su difusión, se erige como su principal sustituto.

1.1.4. Los límites de la globalización

El carácter multidimensional de la globalización dificulta la tarea de habilitar unos límites a su expansión. Sin embargo, no debemos renunciar a dicho reto.

Los límites a la globalización son difíciles de establecer, con la salvedad de aquellos que vienen impuestos por la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad... como fundamento del orden político y de la paz social, recurriendo a la literalidad del artículo 10.1 de la Constitución española. El complejo fenómeno de la globalización implica un desfase entre el proceso de representación política, que continúa siendo de cariz tradicional-estatal y el espacio de decisión política, que trasciende al mismo, ubicándose en un marco que ficticiamente podríamos designar como estado red. La traducción de ese desequilibrio a nivel individual, en nuestro status de ciudadanos, se concreta en nuestra obligada conversión en ciudadanos del mundo, a la que por exigencias del mercado nos vemos sometidos, lo que lleva aparejado renunciar a alguno de los atributos que comporta la pertenencia a la nación estatal, donde lo primero que nos singulariza es ser portador de derechos, que podemos hacer valer ante las instituciones estatales. El problema radica en la dificultad de identificar esos auténticos poderes en un mundo globalizado (De Vega, 1998:17).

⁶ Una condensación telegráfica de dichas “falacias del globalismo” es expuesta por el sociólogo alemán Ulrich Beck, pudiendo resumirse en la siguiente reflexión: “El globalismo reduce la nueva complejidad de la globalidad y de la globalización a un aspecto –el económico–, el cual además sólo se concibe *linealmente*, como una ampliación constante de los condicionamientos impuestos por el mercado mundial. Todos los demás aspectos –globalización ecológica, globalización cultural, política policéntrica, surgimiento de espacios e identidades transnacionales– sólo se consideran de modo subordinado a la globalización económica. De este modo la sociedad mundial se reduce y falsea en términos de sociedad mundial *de mercado*” (BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 164).

Otro importante límite al proceso globalizador viene determinado por uno de sus principales efectos, la pérdida de poder de los Estados. La globalización necesita de la supervivencia de los Estados para que actúen como válvula de transmisión de las pautas globales, si bien conlleva que esos Estados subsistentes sean cada vez más débiles. En este límite hallamos otra de las paradojas más determinantes del proceso globalizador y el mejor caldo de cultivo para la proliferación de los populismos.

I.2. Populismo

Un invitado, no esperado, empieza a tomar un protagonismo inquietante en el diseño y concepción de los Estados constitucionales: el populismo. Al populismo nos acercaremos con una advertencia, es un concepto trampa, por lo que buscaremos huir de demonizarlo o de canonizarlo, intentando solo conocerlo para tratar de adelantarnos a sus consecuencias sobre el Estado constitucional. El acercamiento al populismo puede ser desde dos aproximaciones: una casuística-personalista y otra académica. La primera, más coloquial y divulgativa, propia de los medios de comunicación, se aplica a regímenes con líderes carismáticos, que se identifican con una retórica en la que se erigen como la voz del pueblo, frente a unas élites a las que presumen de haber derrotado o que prevén derrotar. La aproximación académica, busca un objetivo más técnico y definitorio, partiendo de la constatación de una dicotomía social, antagónica, entre el pueblo y una élite. Una descripción inicial, prolegómeno de un análisis más detallado con el que luego la iremos matizando, nos lleva a identificarlo como “un movimiento político marcado por el antielitismo, antipluralismo y una apelación moralmente acentuada para conocer o personificar los intereses del pueblo verdadero, del auténtico pueblo”⁷.

I.2.1. El contexto en el que surgen los populismos

Asumiendo que cada referencia a populismo que podamos realizar tiene unas connotaciones específicas y no trasladables a otra realidad, no obstante, hemos de convenir que hay unos factores contextualizadores⁸ que evidencian unas circunstancias proclives o compartidas en la gestación de movimientos populistas o pseudo-populistas.

El primero de ellos es la polarización. La fragmentación y radicalización del espacio público dificulta, cuando no resulta absolutamente impeditivo, la realización de la función constitucional de ordenación global de la sociedad y la articulación de los espacios necesarios para el consenso.

Una segunda coordenada en la concienciación de que nos hallamos en un nuevo escenario para el Derecho Constitucional, marcado por un tiempo que se mide en zeptosegundos, la unidad de tiempo más corta jamás registrada, y que nos lleva a hablar de la necesidad de un Derecho supersónico. Su singularidad es que necesitamos normas sincrónicas a la generación de los conflictos jurídicos, porque en otro supuesto devienen en regulación extemporáneas, carentes de eficacia y sobre todo de respaldo social. Si la coordenada tiempo se ha acelerado, la coordenada espacio se ha multiplicado y ha borrado sus fronteras. El Derecho Constitucional de nuestros días es un derecho de espacios múltiples e interconectados entre

⁷ MÜLLER, J.-W., *What is populism?*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016, p. 33.

⁸ BALAGUER CALLEJÓN, F., “Interpretación constitucional y populismo”, *ReDCE*, n.º 33, enero-junio, pp. 4-5.

sí. Los atributos de la realidad a regular son la impaciencia y la ubicuidad. Un Derecho Constitucional aferrado a los espacios y tiempos en los que se ha gestado en las Revoluciones liberales va a mostrar todas sus flaquezas, a la par que todas las amenazas al mismo, particularmente las populistas, se van a ver empoderadas.

La irrupción del ciberconstitucionalismo⁹. Impulsado por manifestaciones imposibles de controlar, a veces veraces o distanciadas de esa verdad, de la mano de *fake news* y postverdades presentes en incluso en los podcasting, donde la información o afirmaciones sustentadas en datos objetivos tienen menos importancia que las opiniones y emociones que suscitan. Es el desplazamiento de la razón constitucional, por la emoción política o psicológica, que tan bien cultivará el populismo. En este nuevo contexto emocional y sentimental ha surgido una corriente importante que bajo la difusa etiqueta del negacionismo se convierte en un ancla involutiva y reaccionaria, frente a los avances o progresos que la ciencia y el derecho realizan.

La incorporación de nuevos actores al escenario público-constitucional. No solo estamos pensando en los actores privados, sino en aquellos que se mueven entre los públicos y los privados, entre lo estatal y lo global, cuyo hábitat natural no son los espacios físicos, a los que acuden puntualmente como reclamo o como demostración empírica de su fortaleza, sino los espacios virtuales, especialmente los de las redes sociales.

Reaccionarismo como reclamo. Podemos percibir una reacción directa entre quienes se consideran perjudicados por la globalización y una paralela predisposición a arrojar a los brazos de los populismos. Igualmente, ese desencanto frente a lo que se considera un fracaso de las élites constitucionales a nivel internacional en su compromiso de alcanzar unas cotas de bienestar social, amparadas en la generalización y ampliación de los derechos socio-económicos. Esta situación se ha descrito como un colapso, “gridlock”, por el que se entiende una especie de connivencia de las élites nacionales con las consecuencias de la globalización, especialmente a nivel económico, social y ahora podríamos agregar que sanitario, que no parecen hacer demasiado por frenar esas consecuencias o que adoptan políticas de austeridad que ahondan la desigualdad interna en los Estados¹⁰.

Finalmente, otro dato constatable y asociado a una propensión populista es la deriva en el reparto de funciones tradicional en el diseño constitucional de la forma de gobierno hacia una preeminencia del ejecutivo, sobre los legislativos. Esa circunstancia se ha acentuado en los momentos de pandemia, donde los legislativos –estatales y autonómicos– se han visto totalmente relegados a un hiperprotagonismo de los ejecutivos, que han descubierto los encantos de gobernar sin el estrecho marcateje de los parlamentos. Igualmente, tiene una clara repercusión en la ordenación y relevancia de las fuentes del derecho, especialmente en el Derecho Constitucional.

⁹ ÁLVAREZ ROBLES Tamara: “Derechos digitales: especial interés en los derechos de acceso a Internet y a la Ciberseguridad como derechos constitucionales sustantivos”, en *Juventud y Constitución. Un estudio de la Constitución española por los jóvenes en su cuarenta aniversario*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2019, pp. 135-158. De la misma autora, “Título X. Garantía de los derechos digitales”, en VV.AA., *Comentarios a la nueva Ley de Protección de Datos*, Madrid, Dilex, 2020, pp. 287-327.

¹⁰ TUSHNET, M., “Varieties of populism”, *German Law Journal*, n.º 20, 2019, pp. 384.

I.2.2. Taxonomía del populismo: Principales elementos de las prácticas populistas

Aunque, a priori, las manifestaciones de populismo puedan presentarse como movimientos espontáneos y casuísticos, en su análisis se puede identificar una serie de elementos, que no tienen que producirse en su totalidad o cuyo peso varía de uno a otro supuesto. Si bien es cierto, que son componentes de gran relevancia y que facultan la comprensión y la previsión de las derivas populistas. Estos elementos se desgranarían del modo siguiente:

La concepción monista del pueblo¹¹. Se considera que el pueblo es homogéneo y que no existe una pluralidad. Esa unicidad no se vincula a un factor, étnico, cultural, lingüístico, sino que se abstrae en función de su representatividad, que se concentra y se unifica en una sola persona o en un solo partido político.

El recurso a la democracia directa, o semi-directa con la institución del referéndum, como principal cauce de expresión de la voluntad política de los ciudadanos. Parece recuperarse la doctrina de Bentham de la soberanía del cuerpo electoral que se expresa directamente, instada por el ejecutivo, que se convierte en motor e intérprete exclusivo de la voluntad de los ciudadanos.

No podemos soslayar que hay una incuestionable desviación de género. Los principales líderes populistas son líderes hombres. Cabría buscar excepciones, que vendrían a confirmar esa regla (ej. pensemos en Francia y Marine Le Pen, que se trata de un atributo más bien heredado, que ideado originalmente por su actividad), pero la realidad es que las experiencias populistas más relevantes que se han estudiado son lideradas por hombres.

Otro elemento clave es la importancia que tiene en la construcción ideológica que sustenta el populismo el factor sentimental y emotivo, con el paralelo alejamiento de la razón. Se apela a todo aquello que sea susceptible de sentimentalizarse y que se pueda expresarse vehementemente.

La fortaleza de un enemigo externo que afianza el poder de lo “anti”. Los populismos necesitan un objeto contra el que pronunciarse. Más allá de buscar un argumento sustantivo, es esa dimensión reflectante la que les dota de cohesión y de poder. En la expresión de esos rechazos acuden a una iconicidad que les representa y que se retroalimenta, que les identifica y que capta más adeptos.

Por último, cabe ponderar el elemento político, frente al elemento jurídico de sus consignas. En esa preeminente politización de los populismos es importante verificar cómo se proyecta en determinados ámbitos sensibles de la realidad como la economía o la sanidad. También un factor a desentrañar es que detrás de esas políticas populistas, y de esas libertades populistas, hay una combinación de intereses económicos, que se vinculan a movimientos empresariales, de los que suele beneficiarse la élite populista y las redes clientelares en las que se sustentan.

¹¹ ROSANVALLON, P., *El siglo del populismo. Historia, Teoría, Crítica*. Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2020, p. 4.

I.2.3. Tipologías dicotómicas de los populismos

El populismo se presenta como un continente que puede llenarse de contenido al gusto, una especie de traje que se adapta a todos los cuerpos. Esa circunstancia se explicaría porque el populismo se ha desplegado como un “modus de activismo político”, carente *per se* de un contenido sustantivo. Esa dotación material puede tener su origen en el neoliberalismo, en el nacionalismo o en diferencias en el desfasado espectro ideológico izquierda-derecha. Lo importante es tener ese elemento reactivo, anti-, frente al que se retroalimenta y fortalece.

Así, podemos hablar de un populismo verdadero *versus* un populismo falso¹². El populismo verdadero se construye sobre el respeto a la igualdad entre todos los ciudadanos y un modelo político que respeta la libertad en el ejercicio de la autoridad. Por el contrario, un populismo falso se erige sobre la movilización de determinados sentimientos, como la hostilidad hacia el capitalismo, hacia los extranjeros, hacia los judíos, redireccionados hacia finalidades no democráticas.

Rodrik también introduce una clasificación binaria similar, diferenciando entre populismo económico y populismo político. Los populistas políticos aborrecen uno de los elementos tradicionales del constitucionalismo, como es el control de la actuación del ejecutivo por el legislativo, lo que a priori es una alerta sobre la peligrosa situación en la que se ubican a las minorías. El populismo económico sería aquel que rechaza las restricciones en la gestión de la política económica, lo que ante los ojos de Rodrik no es necesariamente perjudicial, y que puede llevar una reconciliación de economía y democracia, como acaeció con el *New Deal* de Roosevelt¹³.

La antítesis populismos de derecha y de izquierda se ha compartido por varios teóricos, aunque con diferentes matices. Tushnet describe el populismo de izquierda al vincularlo a la defensa de la restricción a los movimientos de capitales y mercancías, con un cierto retorno al proteccionismo económico. El populismo de derecha sería más proclive a la restricción del movimiento de personas, recurriendo a un discurso anticosmopolita y etnonacionalista¹⁴. Pierre Rosanvallon conecta el populismo de derechas al nacionalismo al correlativo ataque a los no nacionales, inmigrantes, mientras que al populismo de izquierdas, que ilustra con Syriza en Grecia, Podemos en España o con la figura del demócrata estadounidense Bernie Sanders, lo asocia a una defensa de los menos favorecidos económicamente, lo que activa sus ataques a los ricos, los burgueses, los bancos, la casta¹⁵.

Esta visión partidista se subsume con otro dilema populista que enfrenta a los populismos globalistas y cosmopolitas *versus* los populismos localistas y nacionalistas (SCHEPPELE, 2018), centrados respectivamente en ensalzar los valores de la internacionalización o de los territorios más cercanos al ciudadano, con el consiguiente rechazo de la otra dimensión social

¹² BERLIN, I., “To Define Populism”, en *THE ISAIAH BERLIN VIRTUAL LIBRARY* 6 (1968), pp.10-12. <http://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/bibliography/bib111bLSE.pdf>

¹³ RODRIK, D., “Is Populism Necessarily Bad Economics?”, 108 *AEA Papers and Proceedings* (2018), pp. 198.

¹⁴ TUSHNET, M., “Varieties of populism”, *op. cit.*, p. 386.

¹⁵ ROSANVALLON, P., *op. cit.*, p. 20.

que se excluye como incompatible con esa fijación en su objetivo inmediato, especialmente fanático en los componentes nacionalistas.

Finalmente, podríamos aludir a la dicotomía no excluyente de populismos gobernantes y populismo de oposición. La estrategia populista no es un monopolio de quien gobierna, sino que quien aspira a ello, o simplemente, se resigna a su status de opositor, adopta formatos populistas que le habilitarían a consolidar y reforzar su posición.

I.2.4. Estrategias del populismo

En los distintos supuestos que podemos adscribir a populismo se han detectado una serie de prácticas a través de las cuales se tratan de utilizar mecanismos y resortes ofrecidos por el Derecho Constitucional, para legitimar y afianzar la perpetuación en el poder, que es el objetivo final de los gobiernos populistas.

En relación con la Constitución, la propuesta que suele formularse es la de proceder a su reforma. En el contenido de dichas reformas lo que se busca es, o bien, blindar instituciones clave, como el órgano de gobierno de los jueces o el Tribunal Constitucional, de modo que se inactive cualquier resorte que pueda frenar su proyecto político o regular de un modo diferente la aplicación de los derechos, especialmente los derechos de libertad de prensa, libertad de opinión o reunión y manifestación. En estas estrategias populistas relacionadas con la Constitución cabe destacar una tendencia mucho más ambiciosa que es la remoción constitucional y la sustitución por otra mucho más adecuada al perfil populista. Es el diseño del zapato que se adaptará a la perfección de la cenicienta populista.

Interesante es la relación que mantienen con las instituciones democráticas y constitucionales. Suelen ser atacadas por la demagogia populista, pero ese cuestionamiento no solo se focaliza en las instituciones estatales, sino que se acentúa sobre las instituciones internacionales, a las que consideran una amenaza para su propia soberanía.

Uno de los aspectos que parece preocupar a los regímenes populistas es la legitimación de su posición gubernamental. Para ello se desarrollan estrategias especiales para canalizar la participación ciudadana que podíamos resumir en torno a las siguientes: la adecuación de las circunscripciones electorales a las previsiones de resultados esperados. Esta técnica, descrita como gerrymandering, permite potenciar la representación en aquellas circunscripciones donde hay más adeptos, en consecuencia, acomodar el resultado, mediando un diseño del procedimiento electoral. Otra estrategia afín a los postulados populistas es la de priorizar la posición de las mayorías, en lo que podemos describir como constitucionalismo abusivo. Uno de los avances de la democracia es la integración de las minorías en las decisiones de las mayorías mediante, fundamentalmente, el respeto a su existencia y a su posición. Un estado democrático avanzado permite la expresión de esas opiniones discordantes o disidentes. Dice el Tribunal Constitucional al respecto que en la Constitución “caben cuantas ideas quieran defenderse sin recurrir a la infracción de los procedimientos” (STC 31/2010, FJ 12).

Es preciso realizar una mención especial al uso que los populismos hacen del referéndum. Para que un referéndum tenga un pleno sentido democrático hay que valorar muchas circunstancias: el contexto en el que se plantea; el contenido de la pregunta; el protagonismo del gobierno en la campaña; el porcentaje de participación y dentro de él el porcentaje de

votos favorables necesarios para que prospere. Todas estas pequeñas variables no quedar al hacer en un referéndum de tintes populistas. El impulso gubernamental a una cuestión, con un resultado en el que no se requiera un mínimo de participación y se extrapolen los resultados a la totalidad de la población, puede conducir a que la propuesta sometida a referéndum se imponga con un mínimo apoyo popular. Sin olvidar que, dentro de las bondades del referéndum, no se halla la de propiciar el debate o el consenso, sino el del radicalismo, un radicalismo al que se suele arengar a los ciudadanos en un entorno populista.

Finalmente, una estrategia a seguir es la que implica el ataque a los órganos constitucionales que garantizan los derechos. En un eventual conflicto entre la expresión de la voluntad del pueblo y su impedimento por la existencia de derechos fundamentales y por los mecanismos que los protegen, queda resuelto por la primacía que se confiere a la protección de esa voluntad pura de los ciudadanos.

I.2.5. Legitimación desde la dogmática constitucional de los populismos

La imprimación populista en el constitucionalismo está alcanzando unas cotas relevantes que llegan a su cénit de la mano de distintas posiciones que sostienen una teorización constitucional implícita en el populismo que estaría integrada, al menos, por los siguientes elementos:

- El alcance de la soberanía popular. La soberanía popular se enfrenta a la Constitución, sobre la que pretende prevalecer. La fundamentación de la soberanía en el pueblo es un principio que alcanza la máxima expresión por los populismos, sin embargo, lleva implícito un trampantojo. Ese pueblo es solo una parte del mismo, enfrentado a otros ciudadanos que configuran también el pueblo y a los que no solo no representan, sino a los que declaran sus enemigos. Así, esa soberanía popular se desvirtúa en una incoherente soberanía fragmentada y excluyente. Además, en el ejercicio de dicha soberanía se busca desvirtuar a las instituciones, a las no controladas y a las que no son electivas, buscando un monopolio soberanista, disfrazado del velo del constitucionalismo.
- La naturaleza del poder constituyente. El poder constituyente agota su eficacia en el momento en el que se promulga y entra en vigor la Constitución. El populismo aspira a un poder constituyente sempiternamente activo y abierto, que en cualquier momento puede desplazar a los poderes constituidos y que no se encuentra sometido ni a los propios procedimientos de la Constitución.
- Identidad constitucional. Se produce una redefinición de los conceptos esenciales del constitucionalismo adaptados a los intereses populistas. El populismo es esencialmente pragmatismo y carece de un fundamento doctrinal propio, por lo que no duda en utilizar las categorías del constitucionalismo clásico, alterándolas y adaptándoles a sus objetivos políticos. Otra consecuencia es la alteración de las fuentes y de los poderes estatales, que lleva a priorizar al ejecutivo sobre el legislativo y a los Decretos presidenciales y órdenes ministeriales, frente a las leyes. Esto se produce, bien por la inacción del poder legislativo que no produce normas o bien, porque esas normas resultan inaplicadas de facto por las decisiones gubernamentales. En esta afectación de la identidad constitucional se produce el asalto a la interpretación constitucional que se desvirtúa, en una mutación *contra constitutione*. La interpretación constitucional se convierte en un cauce más para imponer el programa político populista, frente a la Constitución.

Estas actuaciones encaminadas a diseñar un constitucionalismo populista han cuajado con la formulación de nuevos términos, muchos de ellos creativos oxímorons, de los que podemos destacar los siguientes: democracia iliberal –gobiernos elegidos democráticamente, incluso reelegidos o consolidados mediante referéndums que ignoran los límites constitucionales y no respetan las libertades individuales de los ciudadanos¹⁶); Populismo difuso –ejercido por quienes aparentan ser defensores de la democracia, pero desempeñan comportamientos incompatibles con sus principios, como el pluralismo– (ROSANVALLON, 2020) o Democratura –Sistema híbrido con mezcla de elementos democráticos y dictatoriales o autoritarios– (ROSANVALLON, 2020). Auténticos troyanos que tratan fagocitar los principios fundamentales del constitucionalismo.

I.3. Constitucionalismo

No se trata en las siguientes líneas de glosar toda la evolución del constitucionalismo, sí aquellas tendencias que han marcado su trayectoria en las últimas décadas, precisamente en las que se han forjado los principales retos a los que ha de atender: la globalización y el populismo. La historia de las instituciones políticas (Sabine y Touchard) experimentó una revolución profunda con la eclosión del constitucionalismo. La normalización del mismo ha ido pareja a su generalización. De los casi dos centenares de Estados reconocidos, solo unos pocos no presentan una Constitución formal, si bien tienen normas que operan como tales y se estructuran sobre principios constitucionales o inspiradores de Constituciones. Estamos pensando en Gran Bretaña, Israel o Nueva Zelanda. Pese a creer que este estado de generalización y normalización es paralelo a una incuestionable consolidación, de modo parejo a ese auge formal, materialmente el constitucionalismo está experimentando, como otros tantos conceptos y rutinas vitales, un momento de crisis, que ha llevado a plantear si estamos ante el ocaso del constitucionalismo¹⁷. En ese marco de reflexión, hemos de reparar en los dos elementos esenciales del constitucionalismo: el elemento democrático y el elemento de Estado de derecho, coincidentes con los principios constitucionales clave. Esos dos componentes constitucionales han contribuido a la integración de las sociedades, de los pueblos, en torno a una norma jurídica suprema, reflejo de la voluntad de los ciudadanos, norma reflexiva, al operar sobre algunas precondiciones: un Estado que regular cuyo poder no se cuestionaba ni *ad intra*, ni *ad extra*. Pero esas circunstancias han cambiado.

Dos fronteras, presupuestos constitucionales, han empezado a erosionarse. Por un lado, en el interior del Estado nos encontramos con cuestionamientos de la unidad estatal, de la mano de aspiraciones soberanistas con vocación de microestados que demandan una Constitución propia, enfrentada y diferenciada de la Constitución estatal a la que renuncian. Por otro, *ad extra*, la diferencia entre lo exterior y lo interior, alcanzada de modo involuntario como consecuencia de un proceso de difícil trazabilidad como es la globalización –al que nos hemos aproximado en las líneas precedentes de este trabajo– o, en otros casos, resultado voluntario de una decisión estatal que se puede datar, de integrarse formalmente en una organización supraestatal a la que deriva facultades que tradicionalmente había desempeñado como atributos propios de la soberanía estatal. Sobre esa crisis vertical del Estado, se

¹⁶ ZAKARIA, F., “The Rise of Illiberal Democracy”, November/December 1997, p. 22.

¹⁷ DOBNER, P. y LOUGHLIN, M., *The twilight of constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

superpone una horizontal, más bien transversal, basada en la ruptura de la tradicional separación entre lo público y lo privado. Las decisiones que tradicionalmente se adoptaban por parte de órganos públicos se deslocalizan hacia actores privados, en ocasiones de difícil ubicación física, presumiblemente lejos del Estado en el que inciden y de sus instituciones representativas. Aquí, dos conceptos clave en la lógica constitucional también aparecen afectados: la legitimidad y la responsabilidad. El origen de las decisiones se aparta de las instituciones que representan a los ciudadanos y la imputación de las consecuencias y explicaciones de las decisiones adoptadas se diluye en las presiones sufridas por quienes son titulares de los órganos de gobierno, lo que incide en su capacidad de respuesta y en la asunción de responsabilidades por las decisiones tomadas.

Ante ese declive de la acepción tradicional del constitucionalismo, las alternativas conceptuales parecen no querer abandonar ese término, buscando probablemente beneficiarse del prestigio que lleva aparejado dicho significante, pero se alejan de su significado en cuanto adjetivan al constitucionalismo de modo dispar. Así, bajo el paraguas de un “Nuevo Constitucionalismo”¹⁸ podemos citar manifestaciones diversas como el constitucionalismo societal, el constitucionalismo global, el constitucionalismo multinivel, el constitucionalismo 3D o el neoconstitucionalismo.

El constitucionalismo societal¹⁹ es el resultado de un largo proceso evolutivo, ajeno a un momento constituyente puntual, y cuyo propósito es cubrir el espacio y el entramado funcional de las Constituciones en una sociedad civil global, protagonizada por actores globales privados. No se trataría de un único texto legal, incluso la positivación puede excepcionarse de su redacción, sino de una ordenación de subsistemas autónomos de la sociedad, cuya validez global se limita a dichos sectores de la sociedad (*lex mercatoria* para el comercio internacional o *lex digitalis* para internet). La fragilidad de este formato constitucional ha sido ya evidenciada. Si se desea conservar la denominación como Constitución, el derecho societal debería incorporar más allá del significante, algunos elementos estructurales de las Constituciones estatales: las constituciones societales deberían funcionar como un derecho supremo que regule la elaboración del derecho ordinario; tendrían que incluir límites a las actuaciones de sus titulares, actores privados globales, una *pseudo* parte dogmática; los aspectos procesales y organizativos tendrían que aparecer delimitados y, finalmente, deberían proveer unos mecanismos de control similares a los constitucionales para garantizar su aplicación. Su presentación rudimentaria actual, en consecuencia, no faculta para hablar de constitucionalismo.

Desde unos parámetros similares se alza la propuesta de “Constitucionalismo en 3D”, focalizada en los procesos de necesidad de regeneración de los pilares constitucionales, en particular de la democracia. Con esa denominación, Joseph Corkin²⁰ (2013:636), ha ideado

¹⁸ ELKIN, S. y SOLTAN, K., *New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good Society*, Chicago, University of Chicago Press, 1993. Ese ideal de buena sociedad se ilustra con el ideal de Estado que “logre agregar las preferencias de todos los votantes” (S. ELKIN, “Constitutionalism. Old and New”, p. 29).

¹⁹ TEUBNER, G., *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, trad. G. Nordury, Oxford, Oxford University Press, 2012.

²⁰ CORKIN, J., “Constitutionalism in 3D: Mapping and legitimating our lawmaking underworld”, *European Law Journal*, Vol. 19, No. 5, September 2013, pp. 636-661.

un método para conceptualizar la forma de legislar (underworld, inframundo) partiendo de la premisa de que el complejo parlamentario-gubernamental de carácter estatal ha menguado en aras a tres presiones, a tres ejes que inciden en ese formato tradicional: horizontalmente, por el peso de la burocratización y el tecnicismo de quienes no han sido electos; verticalmente, por los procesos de globalización y europeización y, lateralmente, por el peso de actores privados que claman por una autorregulación en un contexto de crisis y de recuperación del protagonismo a partir de planteamientos neoliberales.

Esta innovación de carácter eminentemente descriptivo, en el análisis de los procesos decisivos medulares en los Estados constitucionales, culmina en un reto normativo: tratar de hallar nuevas fórmulas para legitimar esta situación, más allá de los métodos constitucionalizados (disolución previa de las Cámaras, moción de censura, cuestión de confianza) y de los procesos electorales, en una redefinición del derecho Constitucional coherente con el constitucionalismo clásico.

En esa carrera por innovar surgen múltiples denominaciones que pugnan por ser a cuál más ingeniosa: multinivel (PERNICE, 2002), networked (trabajo en red), Estados postregulatorios, New-ish Governance (gobernar sin leyes o gobernar sin gobiernos) o constitucionalismo policéntrico. El reto del nuevo constitucionalismo es identificar la variedad de actores implicados y la intensidad de sus actuaciones. Por otro lado, un reto es el de legislar en una especie de flujo vertiginoso, “fotónico” para responder a las expectativas de los ciudadanos. En ese constitucionalismo global se daría cabida a la inserción de principios constitucionales sobre cuya específica importancia ha reflexionado la última de las corrientes que traeremos a colación en este apartado de contextualización de los nuevos principios constitucionales, el neoconstitucionalismo (FERRAJOLI, 2012).

El neoconstitucionalismo alude a una concepción del constitucionalismo como superación del derecho positivismo, en un sentido iusnaturalista. Se vincula a un constitucionalismo principalista o argumentativo, que incide en una debilidad normativa de la parte dogmática de las Constituciones, en particular de los derechos fundamentales que se presentarían como valores o principios morales y cuya herramienta procesal sería la ponderación legislativa y judicial. Desde la óptica de los principios resulta un tanto contradictorio esa ponderación de los principios, que se encumbran a la identificación de la corriente, para luego apuntar una degradación de su efectividad. Ese constitucionalismo principalista, denostado por Ferrajoli que apuesta por un constitucionalismo garantista, sustentado sobre principios imperativos o regulativos que introducen límites y garantías a su diseño y que prevendrían inclinaciones anticonstitucionales, encuentra un espacio de gran potencial en el nuevo constitucionalismo por las razones que indica Ruiz Manero: busca un “consenso básico de la comunidad política”, si nos movemos en torno a unos actores constitucionales globales la esencialidad de los consensos va a moverse en mínimos, recordando que en los tiempos globales los acuerdos aspiran a suplir a las normas, y una Constitución “así diseñada mantiene abierto el proceso deliberativo”²¹, evitando tiranías intergeneracionales reprochables a un constitucionalismo rígido y garantista.

²¹ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, en L. FERRAJOLI, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 362.

II. PERSPECTIVA ACTUAL

La emergencia de los populismos en Europa se manifiesta de forma predominante de la mano de un populismo autoritario, proclive a la proclamación de la democracia directa. FIDESZ de Viktor Orban en Hungría o la Autocracia plebiscitaria de Jaroslaw Kaczynski en Polonia y su evolución posterior son ejemplos relevantes de estas prácticas populistas.

Polonia. Bajo la expresión “polonización”, definida por el Premier polaco Morawiecki, se pretende controlar desde el gobierno las grandes empresas instaladas en Polonia, especialmente las vinculadas a la libertad de prensa. Así bajo el paradigma del “patriotismo económico” o de la “restitución del honor”, se trata de revertir el proceso democrático en el terreno económico que afrontó Polonia desde 1989. Orlen, la empresa estatal de energía ha comprado 20 de los 24 diarios regionales del Estado, 120 semanarios y 500 web dedicadas a la información, así como las acciones de Ruch la principal distribuidora de prensa en Polonia. Es un estadio más de la política del PiS, partido gubernamental que lleva inyectando dinero público en los medios (Sieci, Gazeta Polska, Do Rzeczy) y en la televisión, apodada “tele Korea”, por la activa posición progubernamental que desempeña. La estatalización bancaria y un proyecto de ley en ciernes, en virtud del cual se podría expropiar los bienes de las empresas cuyos socios fueran acusados de algún delito²². El rechazo del Convenio de Estambul, tratado internacional de prevención y lucha contra la violencia doméstica y hacia la mujer, suscrito en 2015 por la Unión Europea y otros 44 países, que pretenden abandonar.

Hungría. En 2010, Orban expulsó a su predecesor en un referéndum popular y cuando accedió al gobierno, lo primero que hizo fue endurecer las condiciones para superar una consulta referendaria, elevando la participación para dotarle de validez de un 25% a un 50%. Orban se aseguró una mayoría de 2/3 en el Parlamento, tanto en 2014, como en 2018, con un 45% y un 49% de los votos respectivamente. Previamente, había reformado la ley electoral haciendo una astuta aplicación de la redefinición de circunscripciones (Gerrymandering). Se cambió el sistema electoral hacia un sistema mayoritario, incrementando la proporción de aquellas circunscripciones que eran uninominales, eliminando la segunda vuelta, optando por un sistema de mayoría relativa, en lugar de mayoría absoluta, e introduciendo una compensación al ganador.

En el continente americano las experiencias populistas se han prologado a uno y otro lado del Ecuador. En el norte, el ya expresidente Donald Trump pasará a los anales de la historia por haber degradado con más intensidad los logros del constitucionalismo más longevo, todo ello con el apoyo enfervorizado de un grupo numeroso de ciudadanos, que llegaron a asaltar el Capitolio. AMLO, acrónimo con el que se conoce a Antonio Manuel López Obrador, también merece un capítulo detallado en el trabajo *el Pueblo soy yo*²³. Su prueba de fuego fue la gestión de la pandemia de la mano de los negacionistas, corriente a la que sin ningún pudor se adscribió el presidente brasileño Bolsonaro.

El populismo en Estados Unidos ha llegado a su cénit, hasta el momento actual, con la figura de Donal Trump y su slogan “make America Great Again”, pero no podemos ignorar

²² GAYO MACÍAS, M., “Repolonización”: el patriotismo económico polaco que lo quiere nacionalizar todo”, *El Confidencial*, 30 de enero de 2021.

²³ KRAUZE, Enrique, *El pueblo soy yo*. Barcelona, Debate, 2020, pp. 203-210.

precedentes relevantes como la popularización por Nixon del término “silent majority”, a la que apelaría en 1969, “I ask for your support” o diferentes manifestaciones como el movimiento ocupad Wall Street o el Tea Party, dentro del partido Republicano.

Francia. Desde Pierre Pujade, a mitad del pasado siglo, a Jean Marie Le Pen, que consolida de la mano de su hija una siempre inquietante amenaza al resto de fuerzas políticas por sus posibilidades de victoria en las elecciones presidenciales.

Estos ejemplos no se agotan, pudiendo citar al Partido de la Independencia del Reino Unido (UKIP), respecto a la Unión Europea, a Amanecer Dorado en Grecia, que sería considerada una organización criminal. En el libro de Krauze se puede rastrear la senda del populismo en la Cuba castrista, la Venezuela chavista o el Méjico de AMLO.

III. PROSPECTIVA: ANTICIPACIÓN A LAS DERIVAS POPULISTAS DESDE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

El estudio de los populismos desde el Derecho Constitucional tiene como principal cometido estimular una cierta anticipación que permita controlar los efectos y las estrategias que desarrollan dichos populismos, desde la reivindicación de las funciones esenciales del constitucionalismo: la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, el funcionamiento de las instituciones y, esencialmente, de los controles sobre ellas y entre dichas instituciones. A ello cabe agregar, la reivindicación de la necesaria resolución de los conflictos político-sociales-culturales a través del Derecho Constitucional. Es así, que las derivas populistas se conciben como una involución constitucional y el reto a futuro es adelantarnos a sus movimientos, conociendo cómo han operado hasta el momento.

Una de las prácticas habituales del populismo es la tendencia a la confusión de poderes, con una preeminencia del ejecutivo. La alternativa a esa confusión que se ha articulado, se denomina “jurisprudencia de las consecuencias”. Este modelo de justicia debería centrarse en verificar si las leyes a cuya elaboración obliga la Constitución dotan de eficacia a ese objeto constitucional²⁴. Para ello es preciso verificar que se haya cumplido la obligación positiva de legislar en pro de una implementación progresiva de un derecho, en definitiva, de la aplicación de la Constitución. Esta verificación debe asentarse en el principio de razonabilidad, que supone la adecuación de las medidas adoptadas dentro de las limitaciones presupuestarias que conllevan los derechos socioeconómicos. Sin embargo, no podemos ignorar los riesgos de esta opción que vienen vinculados a diferentes desviaciones derivadas de aproximaciones de legitimidad, al margen de la legalidad, y de una recaída, aún más peligrosa, en dicha mezcla de poderes e instituciones. El denominador común a todos ellos es que son un filtro idóneo para una revisión populista de las constituciones. La denominada revisión judicial policéntrica –“A type of judicial review because it involves a sharing of interpretative authority with the legislative and executive branches”²⁵ o revisión

²⁴ HERSHKOFF, H. “Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review”, Vol. 112, n.º 6, HARV. L. REV. (1999), pp. 1183-1184.

²⁵ RAY, B., “Policentrism, Political Mobilization, and the Promise of Socioeconomic Rights”, 45 STAN. J. INT’L LAW (2009), 153-154.

judicial dialogada— “healthy partnerships between courts and governments”²⁶ que se caracteriza por implicar un reparto de la autoridad interpretativa de las Constituciones y de los derechos en ellas regulados entre el poder judicial, el poder legislativo y ejecutivo, son dos referentes a considerar. Esa interpretación y aplicación dialógica de los derechos, se considera —en su versión más benévola— especialmente idónea para los derechos económicos y sociales, al reforzar la legitimidad democrática y la robustez de su aplicación, aspirando a implicar en mayor grado a la sociedad civil. Sin embargo, no puede desplazar el papel garantista de los tribunales sometidos a la regulación vigente, en este caso la constitucional, ni a convertir a los tribunales en legislador constituyente permanente.

Con todo, una de las consecuencias más temidas de la impregnación populista de las instituciones constitucionales y que se vincula a estas propuestas de revisión judicial comentada es lo que autores como Tushnet²⁷ o Waldron²⁸ (2006: 1354) han descrito como “revisión judicial débil”. Estos se complementan con un modelo designado como “Commonwealth Judicial Review”²⁹, donde el legislativo tendría la potestad de anular o ignorar las decisiones judiciales. Un alumno ejemplar de esta teoría ha sido el Parlament catalán. En la STC 114/2017, de 17 de octubre, FJ 7, el Tribunal Constitucional declaró “que subsiste el deber de esas autoridades y cargos públicos, expresado en la providencia de 7 de septiembre de 2017 (antecedente segundo de esta Sentencia), referido ahora, a impedir o paralizar cualquier iniciativa que pudiera suponer *ignorar o eludir el fallo* de esta Sentencia”. Con ello se aleja de esta propuesta que legitimaría tal desobediencia, a la que los desafíos populistas pueden derivar. El cuestionamiento de la legitimidad democrática de los jueces para desplazar o anular sus decisiones por las adoptadas en los parlamentos o por los ciudadanos en un referéndum, es una involución en el Estado de Derecho. Por su parte, la posición de la revisión judicial ante derivas populistas exige la constatación de la vulneración de los procesos. Es el símil de la intervención del árbitro. El árbitro está legitimado a intervenir porque se han roto las reglas del juego, pero no porque ha vencido el equipo equivocado.

Entre las soluciones propuestas es preciso destacar la necesidad de ahondar la democracia. Esta profundización democrática tiene que mantener su esencia, es decir fundamentarse en el respeto al pluralismo y a los derechos y libertades, pero tiene que incorporar nuevos rasgos. Ha de ser una democracia participada, donde los ciudadanos puedan implicarse más activamente no solo en el período en el que son llamados a ejercer un derecho de sufragio activo, a la vez ha de ser una democracia monitorizada (KEANE, 2009), liderada por partidos políticos y por los representantes adscritos a estos elegidos para formar parte de las instituciones, representantes en los que hay que confiar, democracia de confianza. Seguimos necesitando élites en la forma de gobierno representativa, pero debemos de poder confiar en su integridad y en las cualidades personales de los gobernantes. Eso supone la inviabilidad de aplicar el reduccionismo metodológico de la navaja de Ockham, las fórmulas más sencillas

²⁶ ROACH, K. “The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights”. In M. Langford (Ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press (2009), p. 52.

²⁷ TUSHNET, M., “Alternative Forms of Judicial Review”, 101 *MICHIGAN L. REV.* (2003), p. 2781.

²⁸ WALDRON, J., “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *YALE L. J.* (2006), p. 1354.

²⁹ GARDBAUM, S., *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 74.

no son las más operativas en la democracia actual, es necesario hacer más compleja nuestra democracia, porque nuestras sociedades también lo son.

Otro factor importante y que requiere un compromiso más activo es el papel de las élites tradicionales, incluyendo los juristas, y en particular los constitucionalistas, en desarrollar un activismo constructivo, tratando de enfatizar las ventajas de los sistemas democráticos liberales, frente a cualquier otra alternativa con tintes populistas.

Como reflexión final de este trabajo, un énfasis en su finalidad “al abordar el desafío populista los tribunales pueden, en principio, intentar ir un paso por delante para anticiparse y, cuando puedan, frenar la degradación de la democracia. y, por tanto, ayudar a prevenirla”³⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcina, J. (Ed.): *Hacia una ideología para el siglo XXI. Ante la crisis civilizatoria de nuestro tiempo*, Madrid, Akal, 1999.
- Álvarez Robles, T.: “Derechos digitales: especial interés en los derechos de acceso a Internet y a la Ciberseguridad como derechos constitucionales sustantivos”, en *Juventud y Constitución. Un estudio de la Constitución española por los jóvenes en su cuarenta aniversario*. Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2019, pp. 135-158.
- Álvarez Robles, T.: “Título X. Garantía de los derechos digitales”, en VV.AA., *Comentarios a la nueva Ley de Protección de Datos*, Madrid, Dilex, 2020, pp. 287-327.
- Badie, B.: *Un monde sans souveraineté. Les États entre ruse et responsabilité*, Paris, Fayard, 1999.
- Balaguer Callejón, F.: “Interpretación constitucional y populismo”, *ReDCE*, n.º 33, enero-junio, pp.1-30.
- Beck, U.: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998.
- Berlin, I.: “To Define Populism”, en The Isaiah Berlin Virtual Library, 6, 1968, <http://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/bibliography/bib111bLSE.pdf>
- Corkin, J.: “Constitutionalism in 3D: Mapping and legitimating our lawmaking underworld”, *European Law Journal*, vol. 19, n.º 5, September 2013, pp. 636-661.
- De Vega, P.: “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 100, abril-junio, 1998, pp. 13-56.
- Dobner, P. y Loughlin, M.: *The twilight of constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Elkin, S. y Soltan, K.: *New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good Society*, Chicago, University of Chicago Press, 1993. Ese ideal de buena sociedad se ilustra con el ideal de Estado que “logre agregar las preferencias de todos los votantes” (S. Elkin, “Constitutionalism. Old and New”, p. 29).
- Ferrajoli, L.: “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, en L. Ferrajoli, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

³⁰ PRENDERGAST, D., “The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism”, *German Law Journal* (2019), 20, p. 245.

- Gardbaum, S.: *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Gayo Macías, M.: “Repolonización: el patriotismo económico polaco que lo quiere nacionalizar todo”, *El Confidencial*, 30 de enero de 2021.
- Hershkoff, H.: “Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review”, *HARV. L. REV.*, vol. 112, nº 6, 1999, pp: 1131-1194.
- Macluhan, M. y Powers, B.: *La aldea global. Transformaciones en la vida y los medios de comunicación mundiales en el siglo XXI*, 1ª ed., Barcelona, Gedisa, 1990.
- Minc, A.: *La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública*, Madrid, Temas de Hoy, 1995.
- Moreno, I.: “Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-Nación”, en J. Corcuera Atienza (Dir.), *Los nacionalismos: globalización y crisis del Estado-Nación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- Müller, J.-W.: *What is populism?*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016.
- Pernice, I.: “El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea”, *European Law Review*, nº 5, 2002, pp. 511-529. (En castellano http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17_PERNICE.htm).
- Prendergast, D.: “The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism”, *German Law Journal*, 20, 2019, pp. 245–262.
- Ray, B.: “Polycentrism, Political Mobilization, and the Promise of Socioeconomic Rights”, 45 *Stan. J. Int'l Law*, 2009, pp. 151-201.
- Roach, K.: “The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights”. In M. Langford (Ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (pp. 46-58). Cambridge: Cambridge University Press, 2009. doi:10.1017/CBO9780511815485.004
- Rodrik, D.: “Is Populism Necessarily Bad Economics?”, 108 *AEA Papers and Proceedings*, 2018, pp. 196-199.
- Rosanvallón, P.: *El siglo del populismo. Historia, Teoría, Crítica*. Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2020.
- Teubner, G.: *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, trad. G. Nordury, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Touraine, A.: “La globalización como ideología”, en *El País*, 29 de septiembre de 1996.
- Tushnet, M.: “Alternative Forms of Judicial Review”, 101 *Michigan L. Rev.*, pp. 2781-2802, 2003.
- Tushnet, M.: “Varieties of populism”, *German Law Journal*, nº 20, 2019, pp. 382-289.
- Waldron, J.: “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *Yale L. J.*, pp. 1348-1406, 2006.
- Zakaria, F.: “The Rise of Illiberal Democracy”, November/December 1997, pp. 22-43.

Hacia una ciberconstitución. El reto de la digitalización

Eduardo de Celis Gutiérrez

Abogado. Profesor Asociado de Derecho Constitucional. Universidad de León. edeg@unileon.es

Recibido

24 enero 2021

Aceptado

15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Constitución Española;
Ciberseguridad;
Ciberespacio; Derechos
digitales fundamentales;
Estrategia de transforma-
ción digital; Reforma
constitucional.

KEYWORDS

Spanish Constitution;
Cybersecurity; Cyberspace;
Digital fundamental rights;
Digital transformation
strategy; Constitutional
reform.

Resumen

Estudio que aborda la situación actual de la Constitución Española de 1978 en relación con el Ciberespacio. En primer término, se analizará la nueva realidad jurídica que plantean los nuevos derechos surgidos de las Nuevas Tecnologías, para concluir con el análisis de la conveniencia o no de reformar la Carta Magna para adaptar la a la Era Digital.

Towards a cyberconstitution. The challenge of digitalization

Abstract

The Spanish Constitution of 1978 and the new challenges in Cyberspace defies the Constitutional Law due to the emerging new digital fundamental rights. The need of a Constitutional Reform in terms of digitalization is one of the legal challenges Spanish Nation will face in the next years. Classic Individual Rights and Public Freedoms such as Freedom of Speech, Honour, Privacy and Civic Rights and Duties will share space with these new Digital Rights.

I. Introducción: el Derecho Constitucional español y el ciberespacio – II. Regulación constitucional de derechos digitales. Una Constitución preparada para el futuro – III. Derechos digitales fundamentales y la carta de derechos fundamentales – IV. ¿Es necesaria una reforma constitucional que digitalice estos derechos? – V. Conclusiones – Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EL CIBERESPACIO

El Pueblo Español, soberano, se enfrenta a un extraordinario desafío: el Ciberespacio y los riesgos que supone para los Derechos y Libertades recogidos en nuestra Constitución de 1978. La premisa por lo tanto es clara, ¿Está preparada nuestra Carta Magna para hacer frente a los envites de la Red de Redes y adaptarse a ellos? La respuesta debe ser positiva a pesar

de que ningún Ordenamiento Jurídico tiene una seguridad plena respecto al ciberespacio, debido a la mutabilidad constante que surgen en este entorno digital.

El Preámbulo de la Constitución Española proclama la voluntad del Pueblo Español a establecer un marco en el que la Justicia, la Libertad y la Seguridad se desarrollen, así como la voluntad de constituir una Sociedad Democrática Avanzada.

¿Encuentra cabida el Derecho Fundamental a la Ciberseguridad en nuestra Constitución?¹

Debemos tener en cuenta tres conceptos fundamentales en materia de nuestro Derecho Español en el ciberespacio:

1. Ciberespacio: es el espacio no físico donde se interconectan e interrelacionan las redes de comunicación e información que Internet une. Internet es la red que crea y canaliza esa conexión.
2. Ciberseguridad: conjunto de acciones que tienen por objeto el asegurar el uso de las redes propia y negarlo a terceros. Ese conjunto de acciones puede tener carácter preventivo, reactivo, o proactivo, amén de ser ejecutadas tanto por organismos públicos como privados.
3. Derecho Nacional del Ciberespacio: Conjunto de normas españolas en vigor que regulan el ámbito del ciberespacio.

Nuestra Constitución española de 1978 se enfrenta por tanto al enorme desafío de elevar al rango de derecho constitucional una nueva generación de Derechos Digitales, que han ido ganando peso junto con el desarrollo y protección de los derechos digitales analógicos que se van a manifestar de una manera ilimitada y ubicua en todo el Globo gracias a Internet.

En este sentido, dentro de la actual Estrategia de Seguridad Nacional, publicada en el año 2013 por el Consejo de Seguridad Nacional, la Constitución Española forma parte del eje normativo del que se estructuran los dos ámbitos de actuación de esta estrategia.²

El objetivo de buscar un uso seguro y un desarrollo de los derechos y libertades fundamentales seguro dentro del ciberespacio debe partir de una visión integradora que garantice lo anhelado por el Preámbulo de la Constitución Española, esto es el Progreso de la Sociedad, la Garantía de seguridad y el desarrollo de los Valores superiores del ordenamiento jurídico español, esto es, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Esa búsqueda de un marco normativo que proporcione confianza y seguridad a los ciudadanos españoles en el uso de las Nuevas Tecnologías de la Información (TIC's) debe obedecer a un imperativo de constante dinamismo y respuesta ante los peligros y desafíos con las que estas tecnologías disruptivas e innovadoras cambian la intensidad de los derechos fundamentales de los ciudadanos y que deben quedar protegidos y amparados en la Constitución. La necesidad de mantener actualizado todo el ordenamiento jurídico, desde la abundante normativa administrativa, procesal, civil, mercantil, fiscal... debe tener su

¹ BARRIO, I. M.: "Fricciones entre Internet y Derecho". *Claves de razón práctica*, núm. 255, págs. 13-21.

² «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 2019, páginas 43437 a 43455 (19 págs.).

traslación al campo de estudio del Derecho Constitucional y en concreto a la Carta Magna, a fin de adaptarse a la realidad jurídica que afecta al Pueblo español.

Los objetivos III y IV de la Estrategia Nacional de Seguridad establecen de una manera clara la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales a través del desarrollo y mantenimiento de una regulación sólida y eficaz, así como la necesidad de una normativa que gestione sólidamente los riesgos del ciberespacio para poder edificar una sólida Cultura de la Ciberseguridad. En este punto, la Constitución Española de 1978 no puede quedar al margen.

Es esa transversalidad y mutabilidad del Ciberespacio y de su manifestación en la realidad social y jurídica la que necesaria una atenta revisión de nuestra carta Magna, a través de los ulteriores epígrafes de los que se van a tratar en este artículo.

II. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHOS DIGITALES. UNA CONSTITUCIÓN PREPARADA PARA EL FUTURO

Como punto de partida, y dentro de los artículos de la Constitución Española que forman parte de la normativa de la Estrategia Nacional de Seguridad, debemos de acudir al actual elenco de Derechos y Libertades Fundamentales.

Dentro del Título I de la Constitución Española, pese a la prevención del art. 18.4º CE relativo a la “limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, el resto de Derechos y Libertades fundamentales también se ven afectados por la incidencia de Internet y del Resto de Tecnologías de la Información más allá del derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen.

Por lo tanto, es necesaria una reflexión sobre una Protección Constitucional Transversal, actualizada y sensible de los Derechos Fundamentales ante injerencias ilegítimas de terceros a través de la utilización de medios tecnológicos o como consecuencia de los mismos.

En efecto, el concepto de Ciberseguridad en la actualidad está previsto constitucionalmente dentro de este art. 18.4º CE a través de una interpretación analógica muy amplia, a la que la Doctrina y Jurisprudencia ha recurrido a falta de una modificación constitucional.

Parte de la doctrina se refiere a la manifestación de esa incidencia del Ciberespacio a través de empresas intermediarias, plataformas, gigantes tecnológicos, y demás operadores como auténticos “poderes salvajes” que están poniendo en grave peligro, debido a su intensidad a los derechos y libertades de los ciudadanos, haciendo necesaria más que nunca a la Constitución como garantía de las nuevas realidades³.

A pesar de todo ello, el Ordenamiento Jurídico Español puede presumir de una Constitución vanguardista que con una cierta previsión ha amparado y protegido las injerencias en los

³ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: *Los poderes salvajes. Ciberespacio y responsabilidad por contenidos difamatorios*. Marcial Pons. 2020. págs. 13-17.

derechos y libertades de los ciudadanos por parte de amenazas que en los años 70 y 80 solo podían imaginarse en relatos de ciencia ficción.

En este sentido, el art. 17.1 de la Constitución Española reconoce los Derechos a la Libertad y a la Seguridad, siendo los primeros que pueden relacionarse desde un punto de vista transversal con la necesidad de garantía en el Entorno Digital. Esta preocupación por la seguridad se refleja en la propia Estrategia Nacional de la Ciberseguridad que acude a la Constitución en búsqueda de este amparo.

Debemos acudir al art. 18 de la Constitución para advertir una mayor preocupación por parte del Constituyente a la hora de valorar la injerencia de la informática (término obsoleto e incompleto en términos del Esquema Nacional de Ciberseguridad) en los Derechos al Honor, Intimidad y Propia Imagen.

La preocupación por la protección de estos derechos queda clara por parte del legislador y por parte del constituyente al aprobar en el año 1982 la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen pero que debido al carácter cambiante, innovador y universal de Internet hace insuficiente.

En este sentido, el propio comité de expertos para la elaboración de una Carta de Derechos Digitales, advierte pese a los cimientos construidos por la Constitución española y el resto de normativa desarrolladora de los derechos fundamentales, se hace necesario reflexionar sobre la construcción de uno nuevos cimientos que afronten el riesgo que suponen sobre los derechos individuales y colectivos provenientes de nuevas realidades sociales como son las Redes Sociales, los buscadores, el Big Data, los algoritmos, ... y demás de tecnologías que exigen a la propia sociedad a concretar nuevos derechos que reflejen esa relación de los ciudadanos con la tecnología.

De una manera más concreta, y a raíz del ar. 18. 4 CE y su posterior desarrollo legal, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, se ha consolidado la construcción de un nuevo derecho, el **Derecho fundamental a la protección de datos** como un derecho fundamental **autónomo** al que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en concreto, en sus SSTC 290/2000 y 292/2000 han reforzado.

Cabe precisar, pese a su reconocimiento como derecho fundamental autónomo, este Derecho Fundamental a la Protección de Datos de carácter personal no forma parte necesariamente de la Estrategia Nacional de Ciberseguridad puesto que su estudio y protección ya ha crecido de manera independiente desde los años 80, pasando por las distintas modificaciones operadas en Directivas y distintas leyes orgánicas.

Fruto del desarrollo legislativo del Derecho a la Protección de Datos, han surgido nuevos derechos, de creación legal, como los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación, Oposición, Portabilidad, Olvido y Limitación en el Tratamiento (también denominados Derechos ARCO-POL).

La propia evolución en la protección de estos derechos derivados del Derecho Fundamental al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen, supone una intensidad diferente a la prevista por el propio art. 18 que exige un mayor análisis y espectro a la hora de diferenciar sus

posibles vulneraciones. Este es el caso de la interpretación que el Tribunal Constitucional realiza en su STC 58/2018 respecto al Derecho a Ser Olvidado (que no derecho al olvido), en el que se modera el ejercicio e intensidad del Derecho de Libertad de Expresión y el propio derecho a la intimidad por las informaciones contenidas en bases de datos o hemerotecas digitales.

En tercer lugar, el art. 24 CE referente a la Tutela Judicial Efectiva debe entenderse dentro del Esquema Nacional de Ciberseguridad desde una doble óptica:

A) Como acceso a la Justicia de los ciudadanos en caso de que las vulneraciones sufridas por los ciudadanos en el ciberespacio en sus derechos y libertades fundamentales, de conformidad con las normas procesales referente a los foros de competencia territorial, material y funcional.

B) Como reflejo de la adaptación de la Justicia y el proceso de Garantías jurisdiccionales en el uso de la tecnología.

La Tutela Judicial Efectiva es un Derecho Fundamental que de lleno se ha visto afectado por la abrupta incorporación de nuevas tecnologías en la tramitación de los procesos judiciales, administrativos, policiales que ponen en riesgo las garantías del proceso: declaraciones a través de videoconferencias, prueba y evidencias digitales, celebración de juicios a través de videoconferencia, notificaciones a través de sistemas criptográficos (Lexnet), ...

Las distintas leyes procesales han ido adaptando esta nueva realidad y afectación del art. 24 CE con sucesivas modificaciones, que, en muchos de los casos, han resultado pioneras respecto a ordenamientos jurídicos extranjeros.

La protección de los Consumidores y Usuarios en el Ciberespacio por parte de los Poderes Públicos tiene su reflejo constitucional en el art. 51 CE, que en los últimos años han venido promoviendo la resolución de Litigios en línea, los llamados ODR (Online Dispute Resolutions), dentro de la esfera de la Unión Europea

La creación y desarrollo de la Plataforma de resolución de litigios en línea viene dispuesta en el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y ha supuesto un paso adelante en la implementación de las nuevas tecnologías en el ámbito civil para la protección de los individuos.

Dentro de la Constitución, pero ya fuera del campo de los Derechos y Libertades Fundamentales, existen varios supuestos en los que las nuevas tecnologías tienen una especial relevancia sobre todo en materia de Seguridad Pública. Concretamente los art. 8 y 104 referentes a las Fuerzas Armadas y a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado⁴.

La Constitución ha establecido reiteradamente la necesidad de establecer un marco legal que garantice la seguridad de los españoles en aras a la protección de los derechos y libertades

⁴ ARGUMOSA, J.R.: “Tendencias que afectarán a las Fuerzas Armadas en 2050.bie3”, *Boletín I.E.E.E.*, núm. 8, 2017, págs. 219-243.

individuales y colectivos, así como asegurar la estabilidad política interna e internacional de la Nación española como parte de una Comunidad Internacional.

La creación dentro de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (Policía Nacional, Guardia Civil, Policías Autonómicas y locales) de unidades destinadas a la investigación de delitos telemáticos se enmarca dentro de la propia Estrategia Nacional de Ciberseguridad. Así podemos mencionar a la Brigada de Investigación Tecnológica de la Policía Nacional y al Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil, cuyos medios y formación se están viendo incrementados en los últimos años debido al creciente número de casos provenientes del mundo online.

El Ministerio Fiscal, regulado en el art. 124 CE, tiene encargado promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados. La importancia de este órgano en relación con el ciber espacio se refleja en que se ha convertido en una institución clave en la protección del ciberespacio, a través de la creación de la Unidad de Delitos Telemáticos, adscrita a la Fiscalía General del Estado.

III. DERECHOS DIGITALES FUNDAMENTALES Y LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Derechos digitales fundamentales

El reconocimiento de una nueva cartera de derechos digitales fundamentales se trata de una materia controvertida en la doctrina constitucional. Por una parte, nos encontramos con un sector tradicional que considera que no cabe hablar de una dualidad de derechos analógicos y derechos digitales, sino que solo existen derechos fundamentales que se manifiestan de manera diferente en diferentes ecosistemas, el offline y el online, pero siendo los mismos.

Sin embargo, existe una corriente dentro del Neoconstitucionalismo que ha advertido que la irrupción de Internet desde su explosión a finales del siglo XX hasta nuestros días ha supuesto el nacimiento de nuevas realidades que afectan a la naturaleza del ser humano, las relaciones interpersonales, relaciones Hombre-Máquina y sobre todo, las relaciones que se están derivando del auge de la Inteligencia Artificial, los algoritmos, el machine-learning y el Big Data, que están suponiendo un auténtico jaque a la propia consciencia de la realidad actual.

En el campo de garantías de estos nuevos derechos digitales fundamentales, el apartado IV del Preámbulo de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantías Digitales apunta que *“Internet se ha convertido en una realidad omnipresente tanto en nuestra vida personal como colectiva. Una gran parte de nuestra actividad profesional, económica y privada se desarrolla en la Red y adquiere una importancia fundamental tanto para la comunicación humana como para el desarrollo de nuestra vida en sociedad. Ya en los años noventa, y conscientes del impacto que iba a producir Internet en nuestras vidas, los pioneros de la Red propusieron elaborar una Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Internet”*.

Hoy identificamos con bastante claridad los riesgos y oportunidades que el mundo de las redes ofrece a la ciudadanía. En este sentido *“corresponde a los poderes públicos impulsar políticas que hagan efectivos los derechos de la ciudadanía en Internet promoviendo la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en los que se integran para hacer posible el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en la realidad digital. La transformación digital de nuestra sociedad es ya una realidad en nuestro desarrollo presente y futuro tanto a nivel social como económico. En este contexto, países de nuestro entorno ya han aprobado normativa que refuerza los derechos digitales de la ciudadanía”*.

Los constituyentes de 1978 ya intuyeron el enorme impacto que los avances tecnológicos provocarían en nuestra sociedad y, en particular, en el disfrute de los derechos fundamentales. Sin embargo, y tal y como advierte la profesora Álvarez Robles⁵, existe una disfuncionalidad en el campo de la garantía de derechos digitales fundamentales en cuanto a la aplicación analógica de la normativa puesto que no todos los llamados “derechos analógicos” tienen su reconocimiento en el ámbito digital ni los derechos digitales tienen asegurado su correspondiente analógico. Podemos afirmar, por lo tanto, que la Garantía de los nuevos derechos digitales es tremendamente casuística y se encuentra en constante formación, a falta de reconocimiento constitucional y al incipiente desarrollo legislativo de los mismos.

Ya advierte que *“una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales. Pero, en tanto no se acometa este reto, el legislador debe abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente, encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española y que, en algunos casos, ya han sido perfilados por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea”*.

Así pues, son los Poderes Legislativos estatal y comunitario quienes han asumido la responsabilidad de materializar el anhelo de establecer un Sistema de Reconocimiento y Garantía de Derechos Digitales.

En nuestro ordenamiento jurídico ha sido a través del título X de la Ley Orgánica 3/3018 donde se establece un listado de derechos digitales de una manera in extremis y sin el necesario debate y reflexión sobre esta cuestión que afecta varios aspectos de la sociedad y que tal y como veremos, no tardo en reflejarse a través del proyecto de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA) del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, con la elaboración de una Carta de Derechos Digitales.

En el art. 79 LOPDGDD, bajo la rúbrica de “Los derechos en la Era Digital” se realiza una primera aproximación entre el marco constitucional de la carta de derechos fundamentales de la constitución del Título I de la Constitución y su repercusión en internet al señalar que “los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales en que España sea parte son plenamente aplicables en Internet”.

⁵ ÁLVAREZ ROBLES, T.: *Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos* (VVAA). Dilex. 2020, págs. 287-327.

Así pues, podemos afirmar que en este caso el legislador ha dado un primer paso al separar conceptualmente el derecho reconocido en el art. 18.4 CE circunscrito a priori al Derecho al Honor, Intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de un Derecho Fundamental al Entorno Digital.

El elenco de derechos digitales incluidos en este capítulo X es insuficiente, pero viene a aproximar la problemática creada ante el vacío normativo en materia de protección de una serie de situaciones surgidas como consecuencia de un nuevo elemento, la Red, y que sin ellas sería impensable.

Estos derechos son:

1. Derecho a la neutralidad de la Red,
2. Derecho de acceso universal a Internet,
3. Derecho a la seguridad digital, a la educación digital,
4. Derecho a la protección de los menores en internet el derecho de rectificación en internet,
5. Derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales,
6. Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral,
7. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, el Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo,
8. Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral,
9. Derecho a Ser Olvidado en motores de búsqueda y en redes sociales,
10. Derecho de Portabilidad de datos,
11. y el Derecho al Testamento Digital.

Los Poderes Públicos, por tanto, al albor de estos nuevos derechos digitales, han de seguir el mandato impuesto por la propia Constitución Española en su art. 9.2 a fin de hacer efectiva la Igualdad material (art. 14) y libertad a través del impulso de políticas que garanticen el pleno ejercicio de los derechos digitales tanto de una manera individual como colectiva.

Esta exigencia no solo se impondrá al Gobierno de acuerdo a las competencias atribuidas por el art. 97 y ss. CE sino que el propio legislador deberá asumir las funciones atribuidas en los artículos 81 y ss. Para promover el desarrollo legislativo de estos derechos vía Ley Orgánica u Ordinaria según proceda, sin perjuicio del procedimiento de reforma constitucional al que nos referiremos en el siguiente apartado.

2. Carta de derechos digitales

La finalidad de aprobar una Carta de Derechos Digitales pocos años después de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos y Garantía de Derechos digitales no es otra que la de completar y desarrollar este nuevo marco normativo en el campo de las Garantías de Derechos Digitales.

La iniciativa ha correspondido en este caso, y en virtud del art. 97 CE al propio Gobierno, a través de su Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

De una manera muy acertada, la Secretaría de Estado inició un proceso de elaboración de una Carta, que no una Ley, dedicada exclusivamente a los derechos digitales y no como un “capítulo extra” enmendado a última hora, para incluir algunos todavía no recogidos en el Título X de la LOPDGDD.

La falta de negociación y debate de los preceptos incluidos en los artículos 87 y ss. de la LOPDGDD originó que cuestiones sensibles en materia de Inteligencia Artificial, Discriminación causada por algoritmos, al mundo empresarial y al de colectivos sensibles como la tercera edad o el acceso a la cultura, exigían un proceso más pausado y transversal en el que expertos de diversos campos analizaran el actual marco normativo constitucional, comunitario y legal.

Para la elaboración de la Carta, el Gobierno ha contado con el asesoramiento y las propuestas de un grupo de expertos y la contribución de la ciudadanía a través de un proceso participativo abierto, que convertirá esta Carta de Derechos Digitales en la primera a nivel nacional producto de un procedimiento de esas características.

La finalidad de este texto no es la de crear nuevos Derechos Fundamentales, que ya están recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948), la Constitución española (1978) y la Carta Europea de Derechos Fundamentales (2000), sino la de reforzar el Ordenamiento Jurídico Español y el Sistema de Derechos y Libertades fundamentales sin acudir a la vía de la Reforma Constitucional, aunque esta vía en un medio-largo plazo es inevitable.

En el borrador de Carta de Derechos Digitales, en su art. 1.2 se establece que *“todas las personas poseen idénticos derechos en el entorno digital y en el analógico, sin perjuicio de las limitaciones que de acuerdo con la Constitución y las leyes pudieran establecerse atendiendo a las peculiaridades de cada ámbito”*. Y continúa diciendo que *“las leyes concretarán, en cuanto sea necesario, las especificidades de los derechos en el entorno digital y regularán su desenvolvimiento y efectividad, estableciendo garantías y promoviendo la igualdad en el ecosistema digital”*.

Estos nuevos Derechos y Libertades en el entorno Digital deberán cumplir siempre la exigencia de garantizar el cumplimiento de los Derechos Humanos como son la Dignidad Humana, el Libre desarrollo de la personalidad y la búsqueda del fin común.

Por lo tanto, lo que está buscando el legislador, a través de esta Carta Digital es la incorporación al Esquema Nacional de Ciberseguridad en el campo de los Derechos y Libertades Fundamentales y la de dotar de una mayor flexibilidad y seguridad jurídica a la hora de afrontar los retos científicos que están por venir, estableciendo límites que garanticen que una mala praxis en el campo social, científico, civil, penal en el Ciberespacio puedan vulnerar los derechos fundamentales y libertades públicas de los grupos e individuos.

Fruto de este detallado trabajo se han desarrollado varios derechos digitales que tienen una identidad propia en el ecosistema digital y que difícilmente podrían trasladarse al mundo analógico, esto es:

1. Derecho a la Identidad en el Entorno digital.
2. Derecho al Pseudonimato
3. Derecho a no ser localizado y perfilado
4. Derecho a la Seguridad Digital
5. Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas.
6. Derecho de acceso a datos con fines de investigación, científica, innovación y desarrollo
7. Derecho al Desarrollo tecnológico y entorno digital sostenible.
8. Libertad de creación y derecho de acceso a la cultura en el entorno digital.

Sin embargo, la mayor aportación de la Carta de derechos Digitales se encuentra en el Reconocimiento y Desarrollo de una serie de Derechos en materia de Inteligencia Artificial⁶ y del empleo de las Neurotecnologías.

Respecto a la Inteligencia Artificial, la Carta se muestra ambiciosa respecto a la regulación de un campo tecnológico sobre el cual el legislador tiene grandes zonas grises debidas a las implicaciones éticas y jurídicas. La Carta pretende garantizar el derecho a que ningún ciudadano sea discriminado por las decisiones basadas en algoritmos bajo los principios de “transparencia, auditabilidad, explicabilidad y trazabilidad” de los mismos.

Se dispone el anhelo sobre la garantía a que las personas no sean objeto de una decisión basada únicamente en procesos de una decisión automatizada, por lo que se introduce el derecho a que se solicite una supervisión e intervención humana así como la posibilidad de impugnar a través de los procedimientos legalmente previstos dichas decisiones automatizadas o algorítmicas.

Finalmente, resulta sorprendente y vanguardista la inclusión de una regulación de garantías referentes al empleo de un campo muy intrusivo de las tecnologías en el comportamiento humano como es la Neurotecnología.

La carta, de una manera ambiciosa pretende establecer por una parte límites y garantías para la implementación de estas tecnologías, y por otra parte la moderación y flexibilidad dentro del contexto internacional de técnicas que puedan suponer alteraciones en las capacidades de las personas.

No nos encontramos dentro de una novela de Kim Stanley Robinson⁷.

⁶ NADAL, M.V.S. “Inteligencia Artificial y seudonimato”: el Gobierno presenta la primera versión de la Carta de Derechos Digitales. Tecnología. El País. 17 Noviembre 2020 que puede verse en <https://elpais.com/tecnologia/2020-11-17/inteligencia-artificial-y-pseudoanonimato-el-gobierno-presenta-la-primera-version-de-la-carta-de-derechos-digitales.html> (Consultado el 25 de noviembre de 2020).

⁷ ROBINSON, K.S.: *Marte Rojo*. Editorial Booklet, 1993.

IV. ES NECESARIA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL QUE DIGITALICE ESTOS DERECHOS?

A lo largo de estos más de cuarenta años de vigencia de la actual Constitución Española, los mecanismos previstos en el título X de la Constitución para afrontar una potencial reforma de la misma han sido recurrentes, pero de una manera residual y casi cosmética atendiendo a las materias que han afectado puesto que se han producido por causas exógenas al Derecho Constitucional nacional.

En 1992, se reformó el art. 13.2, para ampliar el sufragio universal pasivo a los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones municipales, una exigencia proveniente de la ratificación por parte del Estado Español del Tratado de Maastrich.

Mientras, en el año 2011, en plena crisis económica mundial, la reforma del art. 135 de la Constitución Española tuvo por objeto la inclusión en el mismo del concepto de “estabilidad presupuestaria”.

Ambas reformas fueron tramitadas a través del Procedimiento de Reforma ordinario del art. 167 de la Constitución, al no afectar ninguna de las materias reservadas para el procedimiento agravado.

Tal y como establece la profesora García-Atance García de Mor referente a la finalidad del mecanismo o función de Reforma Constitucional, es la *“de compatibilizar la tendencia irrenunciable al cambio, al que se encuentran impulsados los ordenamientos constitucionales por la inevitable e imparable evolución político-social y a la vez su permanencia en cuanto que, como texto fundamental en el que cristaliza la decisión política de una sociedad, exige su consolidación”*⁸.

Resulta necesario acometer acudir al procedimiento de Reforma Constitucional de una manera madura y ambiciosa para adecuar nuestra constitución de 1978 a la Era Digital, pese a las previsiones vanguardistas de los art. 18 y 20 CE e ir más allá de los puntuales desarrollos legislativos vía Ley Orgánica de Protección de Datos y de la Carta de Derechos Digitales en aras de proteger los Derechos Fundamentales del Pueblo español y cumplir la Estrategia Nacional de Ciberseguridad.

No podemos obviar que el impulso a de constitucionalizar derechos digitales ha procedido de Europa, como se refleja en el propio art. 8 CDFUE que elevó a rango constitucional el Derecho a la Protección de Datos de carácter personal, y fue a raíz del mismo cuando desde la Unión Europea se ha optado por una “inequívoca europeización del derecho de protección de datos a través de su regulación uniforme para toda la Unión Europea mediante el Reglamento Europeo de Protección de Datos”⁹.

⁸ GARCÍA-ATANCE GARCÍA DE MOR, M.V.: “Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional: garantía de permanencia o ruptura de consenso”. *Estudios de Deusto*, 2017-12-27, Vol. 65 (2), págs. 85-118.

⁹ RALLO LOMBARTE. A.: De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018). *Revista de Derecho Político*. UNED. Núm. 100, 2017, págs.27-31.

Desde un punto de vista técnico, nuestra constitución tiene previsto un mecanismo de reforma constitucional (agravado) en su Título X, en el art. 168 que va a requerir un amplio consenso por parte de todos los grupos parlamentarios.

El hecho de no mantener actualizada la parte Dogmática de la Constitución, referente a los Derechos y Libertades Fundamentales, se podría lesionar la confianza de la Nación Española, Titular del poder constituyente en su Constitución, esto es, el peligro de encontrarnos ante una Constitución pétreo.

La introducción en el Listado de Derechos y Libertades Fundamentales de un nuevo Derecho Fundamental Digital apuntar a un **Derecho al entorno digital**, tal y como se apunta en el art. 1 del proyecto de Carta de Derechos Digitales.

Este nuevo derecho tendría su punto de partida en el Derecho a la Dignidad Humana, el libre desarrollo de la personalidad digital en las mismas condiciones que la analógica, así como a la obligación de los Poderes Públicos para garantizar la libertad, la seguridad y la igualdad en relación con el Desarrollo.

Nos encontramos ante un campo del Derecho Constitucional que no es para nada pacífico puesto que la distinción entre derechos analógicos y digitales puede resultar conflictivo para los ciudadanos al invitar a una dualidad de realidades en la que una misma persona podría actuar con una serie de derechos en el mundo offline y otra serie de derechos en el mundo online.

Sin lugar a dudas, el legislador ha advertido la naturaleza disruptiva de los Derechos que se manifiestan en el ciberespacio, en especial la ubicuidad, la intensidad, la universalidad y la volatilidad de los mismos.

Lógicamente, la ambición de la Carta Magna que en el año 1978 ya apuntó la especial relevancia de la Informática en el campo de la privacidad no podía esperar la transversalidad de los efectos que el Ciberespacio tendría sobre el resto de derechos y libertades fundamentales. El artículo 18.4 CE está limitado a la hora de atender a las necesidades de una sociedad digitalizada para la garantía de los derechos en Internet y ante la Tecnología.

Una hipotética reforma de la Constitución debería incluir la actualización de la Constitución a la era digital y constitucionalizar una nueva generación de derechos digitales, de carácter sustantivo o prestacional, de tal forma que se reconozca el derecho de todas las personas a poseer idénticos derechos en el entorno digital y en el analógico, sin perjuicio de aquellas limitaciones y especificidades que le corresponderían a cada tipo de derecho en virtud de su intensidad.

En este sentido, sería necesario la inclusión de los siguientes derechos:

1. Derecho a la protección de datos: de una manera independiente y que garantice el derecho que se ha desarrollado vía legal y jurisprudencial.
2. Derecho a la identidad en el entorno digital.
3. Derecho al pseudonimato.
4. Derecho a no ser localizado y perfilado.

5. Derecho a la seguridad digital.
6. Derecho a la igualdad y a la no discriminación en el entorno digital.
7. Derecho a la Protección de menores y personas con discapacidad en el entorno digital.
8. Derecho a la neutralidad.
9. Libertad de Expresión y Libertad de Información en el Entorno Digital.
10. Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas.
11. Derecho de acceso a datos con fines de investigación, científica, innovación y desarrollo.
12. Derecho al Desarrollo tecnológico y entorno digital sostenible.
13. Libertad de creación y derecho de acceso a la cultura en el entorno digital.
14. Derechos ante la Inteligencia Artificial.
15. Derechos en el empleo de Neurotecnologías.

Del mismo modo, la necesaria reforma en la Constitución Española deberá atender a los mecanismos de garantía y protección de estos nuevos Derechos Digitales eficientes y acordes a naturaleza de los mismos, desde el establecimiento de mecanismos de autorregulación, sistema de garantías extrajudiciales y un reforzamiento del ejercicio de la Tutela Judicial efectiva del art. 24 CE que nos llevase a un planteamiento más ambicioso que suponga la creación de una Jurisdicción de Asuntos Digitales¹⁰.

V. CONCLUSIONES

El deseo de adecuar la Constitución Española de 1978 a la Era Digital por parte de la ciudadanía obedece a la necesidad de dar respuesta a una realidad cambiante en la que los ecosistemas analógico y digital requieren de un tratamiento diferenciado por cuanto los Derechos y Libertades fundamentales se manifiestan de forma diferente en uno y en otro.

La hoja de ruta hacia una Constitución Española Digitalizada lleva años marcada gracias al propio impulso de la Unión Europea, sobre todo en materia de protección de datos, pero también gracias a los importantes trabajos realizados en materia de Inteligencia Artificial, Regulación de la responsabilidad de Intermediarios Tecnológicos, la preocupación por la fiscalidad de las criptomonedas, y otras tantas manifestaciones de las Nuevas Tecnologías que han dejado muy atrás el concepto de Internet que se manejaba en el año 1978 referente sobre todo a la privacidad o a la vulneración de los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen a través de la Red.

Es por ello, que esta hipotética reforma podría llevarse a cabo a través de dos vías:

- La primera consistiría en una reforma global de la totalidad de los Derechos y Libertades Fundamentales en cuanto se ven afectados por la digitalización.
- La segunda supondría incluir un único nuevo derecho digital al Entorno Digital, que refleje dicha realidad y prevea la realidad cambiante del ciberespacio con el surgimiento de nuevos derechos a medida que evoluciona la relación del Hombre con la Tecnología.

¹⁰ FERNÁNDEZ, C.B.: “Se abre a consulta pública la Carta de Derechos Digitales”. Web *Noticias Jurídicas*, que puede verse en <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/15755-se-abre-a-consulta-publica-la-carta-de-derechos-digitales/> (consultado el 1 de diciembre de 2020).

Finalmente, y como consecuencia del debate surgido con la elaboración de una Carta de Derechos Digitales entre los distintos agentes jurídicos y sociales del país podemos extraer las siguientes reflexiones:

Primera: Proteger el Ciberespacio desde el Derecho Constitucional.

Segunda: Introducir un Derecho Fundamental al Entorno Digital que vaya más allá del art. 18.4 CE.

Tercera: Fortalecer los mecanismos de garantía constitucional en relación con los derechos digitales, para evitar una privatización de los mismos por parte de los Gigantes Tecnológicos.

Cuarta: Promover la vertiente internacional de los derechos digitales debido a sus características de ubicuidad, universalidad y especial intensidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Robles, T.: *Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos* (VVAA). Ed. Dilex. 2020.
- Argumosa, J.R.: “Tendencias que afectarán a las Fuerzas Armadas en 2050.bie3”, *Boletín I.E.E.E.*, núm. 8, 2017.
- Barrio, I.M.: “Fricciones entre Internet y Derecho”. *Claves de razón práctica*, núm. 255.
- Fernández, C.B.: “Se abre a consulta pública la Carta de Derechos Digitales”. Web *Noticias Jurídicas*, que puede verse en <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/15755-se-abre-a-consulta-publica-la-carta-de-derechos-digitales/> (consultado el 1 de diciembre de 2020).
- García-Atance García de Mor, M.V.: “Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional: garantía de permanencia o ruptura de consenso”. *Estudios de Deusto*, 2017-12-27, vol. 65 (2), 2017.
- Nadal, M.V.S.: “Inteligencia Artificial y seudonimato”: el Gobierno presenta la primera versión de la Carta de Derechos Digitales. Tecnología. El País. 17 Noviembre 2020 que puede verse en <https://elpais.com/tecnologia/2020-11-17/inteligencia-artificial-y-pseudoanonimato-el-gobierno-presenta-la-primera-version-de-la-carta-de-derechos-digitales.html>
- Rallo Lombarte, A.: De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018). *Revista de Derecho Político*. UNED. Núm. 100, 2017.
- Robinson, K.S.: *Marte Rojo*. Editorial Booklet, 1993.
- Villaverde Menéndez, I.: *Los poderes salvajes. Ciberespacio y responsabilidad por contenidos difamatorios*. Marcial Pons. 2020.

Disposiciones Adicionales

Reflexiones de los estudiantes acerca de la Constitución

Como cada 6 de diciembre, este año 2020 nuestra Carta Magna celebra su 42 Aniversario desde su ratificación por el pueblo español en 1978. Se trata de una fecha señalada para todos los españoles, porque la Constitución, nuestra Constitución, tiene más de cuatro décadas.

Curiosamente, nuestra Carta Magna y nuestra Universidad leonesa son de la misma quinta, motivo por el que desde el Departamento de Derecho Público, profesores y alumnos, hemos querido brindarle nuestro particular homenaje celebrando un curso titulado –y no es ni mucho menos casual– «**En defensa de la Constitución**» en el que a lo largo de los días previos a su cumpleaños, una veintena de profesores del Departamento hemos disertado, debatido y reflexionado en el mejor foro posible, el Salón de Grados de la Facultad de Derecho, sobre algunos de los problemas que aquejan a nuestra Norma Fundamental.

Pues bien, hemos querido oír también las voces de nuestros jóvenes, y por eso las Directoras de este Curso, las Catedráticas Esther Seijas Villadangos y Teresa Mata Sierra hemos pedido a los alumnos del Grado en Derecho, proyecto de juristas en cuyas manos pondremos el futuro de nuestra Constitución y con ello el nuestro, que reflexionen acerca de nuestra Norma Fundamental y que nos den sus puntos de vista sobre los temas que más les preocupan. Sus razonamientos plagados de sentido común y madurez sorprenden, y nos ayudan a conocer mejor a nuestros universitarios. Hemos seleccionado algunas de sus aportaciones que completarán las de los autores de este Monográfico.

Desde La Pepa: el origen de la tradición Constitucional de España

Guillermo Álvarez Álvarez

*Alumno de tercer curso del Grado de Derecho
Facultad de Derecho de León*

Para hablar de la historia constitucional de nuestro país, hemos de remontarnos a principios del siglo XIX. Concretamente al 19 de marzo de 1812 cuando se promulgó en las Cortes de Cádiz, nuestra primera Constitución, la cual, al proclamarse el día

de la festividad de San José, adoptó popularmente el nombre de *La Pepa*. En ella, se establecía una monarquía constitucional, en la que se limitaban los poderes del Rey y se hacía efectiva la separación de poderes.

Desde 1808 las tropas napoleónicas venían asediando gran parte de la Península por lo que, aún más si cabe, esta Constitución simbolizó el sentir de la soberanía popular que durante la Guerra de Independencia había defendido España de las tropas francesas y del reinado de José Bonaparte. Desde Astorga y su épica defensa por parte de José María de Santocildes, a los levantamientos del 2 de mayo en Madrid comandados por Daoiz y Velarde, pasando por la estrategia militar de la guerra de guerrillas que tan buenos resultados reportaron a las tropas españolas.

En 1814 se produjo la victoria española y la vuelta a la Corona del peor rey de nuestra historia, Fernando VII, traidor a su padre Carlos IV, traidor a su Patria. Nada más regresar a la Península, éste, invalidó la Constitución y se erigió de nuevo como el histriónico rey absolutista que siempre fue. Su querencia por el poder era tal, que con la ayuda de Los Cien Mil Hijos de San Luis, masacró a su propio pueblo e impuso el absolutismo borbónico y la vuelta al Antiguo Régimen.

Con la muerte, del conocido popularmente como “rey Felón”, se promulgaron: el Estatuto Real (1834), cuatro Constituciones (1837, 1845, 1869 y 1876), además de otras dos que no llegaron a tener efecto (1856 y 1873).

La siguiente Constitución se elaboró en 1931, tras el derrocamiento de Alfonso XIII y la instauración de la II República. En este tiempo, imperó el caciquismo, el reparto del poder por años, con el amaño de elecciones y el turnismo de partidos. Más tarde, la Guerra Civil y sus dramáticas consecuencias, el enfrentamiento de un mismo pueblo, de sus gentes y familias. Lo peor.

Con la victoria de Franco y la posterior instauración de un Régimen dictatorial, no

tenían cabida los valores propios de una Constitución: la defensa de los derechos y libertades fundamentales, la libertad ideológica, el pensamiento crítico y disidente, en definitiva, las virtudes propias de un pueblo libre.

Este repaso histórico de la tradición constitucional española, nos lleva a la Transición, con el paso de la dictadura a la democracia “*de la ley a ley a través de la ley*”. Concretamente hasta el 6 de diciembre de 1978. Día primordial en nuestra historia. Se ratifica en referéndum la Constitución de 1978, y es sancionada y promulgada por el Jefe del Estado, Juan Carlos I, publicándose el 29 de diciembre de 1978 en el BOE.

Los valores que vertebran nuestra Constitución, convierten a España en un Estado de derecho pleno. Por ello, desde nuestra Facultad hemos de hacer hincapié en la vital importancia que la Carta Magna tiene para el desarrollo de una sociedad libre, construida sobre unos valores sólidos e indefectibles. En esta defensa, la Universidad de León, como institución académica que goza de autonomía propia, ha de ser baluarte, recalcando la función trascendental que nuestra norma suprema tiene. Más si cabe, teniendo en cuenta, que desde 2004, los siete padres de la Constitución forman parte del cuadro de honor de la Universidad como Doctores Honoris Causa.

Es justo ahora, en los tiempos que vivimos, cuando nuestra Carta Magna es denostada y asediada, el momento de ponerla en valor y reclamar su completa vigencia. Cualquier cambio que en ella pretenda hacerse, deberá ser de acuerdo a los mecanismos que se establecen para tal fin. De lo contrario, asistiremos a la subversión del orden constitucional y con ello, a la liquidación del marco de convivencia que desde hace 42 años nos procura progreso, democracia y paz.

El por qué de la importancia de la Constitución española

Alba Tuñón Rodríguez

*Alumna de segundo curso del Grado de Derecho
Facultad de Derecho de León*

A tenor de lo que este 6 de diciembre vamos a festejar, que mejor manera de hacerlo que descubriendo los principios de nuestra constitución, sabiendo el porqué de esa fecha, e interesándonos un poco más por la que hoy es el motor de nuestro Estado.

La historia de nuestro Texto Constitucional es de todo menos aburrida, y para no perder ni un detalle de los elementos que la integran haré un exhaustivo proceso de desmenuzamiento de todos los puntos relevantes que marcan el carácter de esta.

Como gran parte de la sociedad conoce, la historia de la Constitución Española parte de la finalización del régimen franquista y los deseos de todos de construir una nueva España basada en la igualdad, la libertad, y la prosperidad.

Es por ello por lo que la aprobación de este texto supuso un viento de aire fresco para toda la población que no dudó en votar que sí en el referéndum realizado y a su vez para las potencias políticas que participaron en la estructuración y elaboración de la Constitución.

Quince fueron los meses que se emplearon para la confección del texto, con exhaustivos debates y un gran consenso político que plasmó esa voluntad prácticamente unánime de romper cuanto antes con los pocos hilos que todavía quedaban por cortar del antiguo régimen.

Debido a lo anteriormente mencionado podemos decir que la Constitución Española

es un texto diverso, como diversas fueron las ideas y personas que se encargaron de erigirla y estructurarla como hoy en día la conocemos, adoptando y uniendo diferentes posturas ideológicas.

Como elementos destacables cabría mencionar la amplia gama de derechos y libertades que el texto constitucional reconoce, la garantía integradora de nacionalidades y pueblos españoles, incorporando aquí el concepto de autonomía totalmente compatible con el contenido de unidad, variedad de actuaciones para la legítima defensa de esos derechos, la existencia de un Tribunal Constitucional, anclaje clave para acabar de comprender nuestro ordenamiento jurídico...

De todos los elementos anteriores me gustaría también destacar esa importancia del Tribunal Constitucional al hilo de esa defensa de la constitución, porque realmente no hay mejor guardián de nuestro texto constitucional que este órgano.

Para acabar este breve pero intenso comentario, me gustaría finalizar con una frase muy inspiradora de Patrick Henry, padre fundador de los EE. UU.: *“La constitución no es un instrumento para que el gobierno controle al pueblo, es un instrumento para que el pueblo controle al gobierno, para que no venga a dominar nuestras vidas e intereses”* y es por ello por lo que a partir de hoy debemos de empezar a darle a la Constitución Española la importancia que se merece.

La luz de la Constitución de 1978

Maroine El Mansouri

*Alumno de segundo curso del Grado en Derecho
Facultad de Derecho de León*

Sin duda, la Constitución se encuentra en la cumbre de la pirámide jerárquica en la que se configura un ordenamiento jurídico, es su norma superior, como norma *normarum* y como tal, resulta indispensable que disfrute de una protección superior.

Hoy celebramos el día de la Constitución Española. Y la queremos celebrar con más entusiasmo que en otras ocasiones porque creemos que nos hace más falta que nunca. Para defender lo que somos y también para asegurar el futuro que pretendemos compartir.

Los que conocen la constitución saben que tenemos una muy buena Constitución, y se sabe por su concreto programa de convivencia, asumido como acuerdo compartido por el conjunto de la sociedad.

Son 42 años de existencia, de confianza, de Convivencia, de Derechos y Libertades, de Convivencia. La Constitución española ha demostrado cumplidamente su efectividad como instrumento fundamental de convivencia y estructuración social, impregna el Ordenamiento jurídico a través de los valores, principios y derechos que reconoce, y que ciudadanos y poderes públicos aplican como plan vinculante gracias al cual la vida social, económica y política del país progresa. Ha jugado un papel fundamental en este tiempo, incluso bajo la presión de la pandemia, sus valores constitucionales y sus instrumentos de acción siguen vigentes, y que los poderes públicos siguen a ellos vinculados. Han podido gobernar partidos de diferente ideología sintiéndose cómodos con la Norma Fundamental, gracias a su marco que tiene un

gran espacio para defender y desarrollar proyectos políticos distintos, y ha sabido adaptarse a los tiempos de una forma satisfactoria; el Tribunal Constitucional ha sido, fundamentalmente, el artífice de esta adaptación de la Constitución.

Sin embargo, nuestra Constitución no sólo merece un reconocimiento por haber propiciado un tiempo de solidez institucional en paz. Su contenido es en sí mismo valioso y digno de defensa, y por ello dispone del fenómeno que se conoce como *rigidez constitucional*, eso lo vemos en que, en España, La Constitución de 1978 se ha reformado tan solo en dos ocasiones: en 1992 para alterar el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales (art. 13) y en 2011 para incorporar la estabilidad presupuestaria (art. 135).

Es cierto que tal vez la Constitución necesite alguna más que otra reforma para solucionar algunos problemas y aclarar algunas cosas, puesto que la sociedad va evolucionando a lo largo del tiempo, y la vez surgen nuevos temas. Ahora bien, para hacerlo, tiene que ser en condiciones dar la alternativa a lo que se quiere, si se pretende modificar un art. (por ejemplo) pues pongamos la otra alternativa a lado y analicemos la situación, opinamos mediante el resultado del pensamiento reflexivo, hay que razonar, y pensar con razón haciendo un análisis de estudio racional, es decir, esto es mejor, esto es peor, ya que es la única manera para poder entender, y comprender lo que se pretende cambiar, y llegar a la solución correcta.

¿Todos para uno y uno para todos?

Manuel Zúñiga González

*Alumno de cuarto curso del Grado de Derecho
Facultad de Derecho de León*

Hace tres décadas, Don José, mi profesor de historia de BUP, se afanaba por estas fechas en explicarnos qué era la Constitución y para que servía.

Dedicaba varias clases a desgranar los conceptos que consideraba más importantes, como la soberanía del pueblo, la monarquía parlamentaria, la indisoluble unidad de la Nación española, los valores superiores en los que se fundamenta, el papel moderador de la Corona, la importancia de los símbolos patrios y de la lengua de Cervantes, los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas de las que gozamos gracias a la Carta Magna o la separación de Poderes, que nace de las ideas de Locke en su “Segundo Tratado sobre el gobierno civil” y fragua con “Del espíritu de las leyes” de Montesquieu.

Por aquel entonces, todos los colegios e institutos hacían unas jornadas dedicadas a la Ley de leyes y presentaban varios trabajos a un concurso nacional sobre la Constitución. Concurso que hoy en día sigue existiendo bajo el nombre de Concurso Nacional “Una Constitución para todos” y que promueve el Ministerio de Educación y Formación Profesional, pero del que ya no se habla a los alumnos ni se les alienta a participar. Menos aún se dedica un par de semanas al año a formar a nuestros niños y jóvenes en el contenido de nuestra Constitución.

Por el contrario, en la actualidad nuestra Carta Magna es vapuleada a diario tanto en su forma, cuanto en su contenido; tanto por ciudadanos de a pie, cuanto por muchos de nuestros políticos.

En este sentido hay que poner de relieve los recientes ataques la unidad del suelo patrio por parte de partidos independentistas; la nueva ley de educación, que hace desaparecer el uso del castellano como lengua vehicular en aquellas Comunidades Autónomas que tengan lengua propia; la quema de banderas y retratos del Monarca, amparada en el derecho a la libertad de expresión; o las agresiones a quienes portan banderas, acuérdense de Víctor Láinez.

Todo ello consentido, y hasta justificado a veces, por algunos sectores de la sociedad y, peor aún, por algunos políticos. Estos últimos con el afán de obtener un puñado de votos que les consiga o mantenga una poltrona.

Mención aparte requieren los últimos intentos de difuminar la ya de por sí endeble línea de separación entre nuestros Poderes. Sobre todo, entre el Ejecutivo y el Judicial.

Me refiero a dos hechos tan recientes como son el intento de modificar las mayorías para proponer a los miembros del Consejo General del Poder Judicial, verdadero órgano de gobierno de nuestra judicatura, y a la reforma del Estatuto del Ministerio Fiscal.

En cuanto a la modificación de mayorías para proponer a los miembros del CGPJ, si bien es cierto que es necesario articular algún tipo de medida que resuelva los bloqueos a la hora de renovar los miembros del órgano de gobierno de los jueces, también lo es que la solución óptima no puede pasar por crear un Consejo a la medida del Gobierno de turno.

Tan importante como ello es garantizar la independencia y pluralismo ideológico del conjunto del CGPJ, pues no puede escaparse a nadie que los propuestos siempre serán jueces con una ideología afín a quien les propone. Dicho de otro modo, cuanto mayor consenso sea necesario para proponer a un nuevo miembro del Consejo, más difícil será tener un órgano con tendencias políticas marcadas.

Por su parte, la reforma del Estatuto del Ministerio Fiscal supone la desaparición de los Juzgados de Instrucción en su función más conocida, precisamente, instruir las causas que han de ser juzgadas. Esta función se quiere encomendar ahora a los fiscales, a imitación de otros países de nuestro entorno, dejando a los hasta ahora conocidos como Juzgados de Instrucción el control de las garantías procesales y constitucionales de las partes.

Ahora bien, si este cambio presenta ventajas, como el descargo de trabajo a nuestro sobrecargado sistema judicial o la mayor agilidad, también presenta ciertos inconvenientes.

El primer reproche procede precisamente de los diferentes atributos que presentan jueces y fiscales. Mientras de los primeros se puede predicar la independencia, la inamovilidad y la imparcialidad; los segundos carecen de ellos. Los fiscales pertenecen a un cuerpo jerarquizado y, por tanto, sujeto a instrucciones de sus superiores y del Gobierno; pueden ser removidos de sus puestos incluso mientras dura un proceso en el que están presentes y sustituidos por otro fiscal (algo así como un cambio de cromos, salvando las distancias); finalmente, no se puede hablar propiamente de imparcialidad, puesto que el fiscal es parte en el proceso y, como parte, toma

posición, si bien siempre en beneficio de la legalidad.

En la generalidad de los casos, estos inconvenientes no deberían tener mayor repercusión, pues difícilmente seamos objeto de un procedimiento en el que el Ministerio Fiscal, como órgano, o el Gobierno de turno pose su atenta mirada. Sin embargo, cabe pensar si la objetividad e imparcialidad que han de regir la instrucción de una causa penal serían tales de estar presentes intereses políticos o ideológicos que pudieran influir en la estabilidad de un Gobierno, unas elecciones o el interés (sea económico, sea de otro tipo) de un partido político.

Para evitar este tipo de desviaciones, en nuestro sistema democrático contamos con una serie de controles y contrapesos que mantienen el equilibrio entre los Poderes del Estado. Con estos mecanismos evitamos que un Poder tenga preponderancia sobre otro. Pero ¿qué pasa cuando alteramos ese frágil equilibrio?

En primer lugar, estamos alterando la esencia misma de nuestra Ley de leyes y el juego de poderes que mantiene sana nuestra democracia.

En segundo lugar, estamos volcando todo el poder en uno solo de los Poderes. Estamos convirtiendo a los otros dos Poderes en meros títeres al servicio de uno solo. Es decir, nos encontramos ante una involución que nos lleva de vuelta al poder absoluto ejercido por un solo órgano, por no usar palabras más gruesas.

Este olvido, muchas veces voluntario e institucionalizado, de nuestra Carta Magna, de nuestra Ley de leyes me lleva hoy a salir en defensa de la Constitución.

En defensa del español

Miguel Pacios Linares

*Alumno de tercer curso del Grado de Derecho
Facultad de Derecho de León*

La Constitución Española establece en su **artículo 3** que el castellano es la lengua oficial del Estado, a la vez que reconoce la existencia de un plurilingüismo en diversas Comunidades Autónomas, ya que España es un país que cuenta con tres lenguas oficiales: euskera, catalán y gallego, que coexisten con el castellano en territorios como País Vasco, Navarra, Cataluña, Comunidad Valenciana y Galicia.

El paso de los años ha hecho mella en este precepto constitucional, coincidiendo con el auge de partidos de carácter nacionalista.

La necesidad por parte del Gobierno de aprobar una nueva Ley General de Presupuestos y su falta de apoyos de consenso en los partidos de ámbito estatal, ha abierto la puerta a las exigencias de algunas formaciones nacionalistas, especialmente Esquerra Republicana o EH Bildu, que han reforzado sus aspiraciones ante la falta de solidez de la Administración General de Estado.

Esta cuestión se aprecia fácilmente en la nueva Ley de Educación recientemente aprobada en el Congreso –y octava ley educativa de la democracia– que ha llevado a que surjan numerosos grupos de detractores y críticos con la misma, pues modifica la concepción del castellano como lengua vehicular de la enseñanza, un concepto introducido por el Gobierno del Partido Popular en el año 2013, en la conocida como Ley Wert en relación al castellano que respecto a algunas autonomías se había convertido actualmente en papel mojado, ya que algunos Gobiernos regionales

se escudaban en sus propios Estatutos que establecían como lengua vehicular la lengua propia de la Autonomía, contradiciendo las resoluciones del Tribunal Constitucional a este respecto.

Y ahora se nos plantea la duda de cuál será el alcance del castellano a partir de ahora en las enseñanzas cuando la nueva Ley recoge que *“las administraciones educativas garantizarán el derecho de los alumnos a recibir enseñanzas en castellano y en las demás lenguas cooficiales”* sin concretar en ningún momento las asignaturas o las horas docentes impartidas en cada idioma.

De hecho, se ha llegado a plantear la inconstitucionalidad de esta norma, ya que afectaría a principios constitucionales como los de igualdad y libertad. Del mismo modo, el hecho de eliminar el castellano como lengua vehicular en la enseñanza sobrepasa para muchos juristas los límites constitucionales.

Antes de finalizar, me gustaría parafrasear al escritor cubano Guillermo Cabrera Infante, quien manifestó en una ocasión que *“el español es demasiado importante para dejarlo en manos de los españoles”*. Estas agudas palabras pueden pasar inadvertidas; no obstante, explican perfectamente la situación actual generada al hilo de la llamada Ley Celáa, pues siendo el español una de las lenguas más habladas y estudiadas en el mundo, y por qué no, de las más bonitas y de la que nos tendríamos que sentir todos orgullosos, lejos de ello, es en su propia cuna donde se está intentando disminuir su valor y su enseñanza.

El peligro de la indiferencia

Marta Cabrera Fernández

*Alumna de cuarto curso del Grado en Derecho
Facultad de Derecho de León*

Con tantos frentes de batalla abiertos como artículos tiene, nuestra Constitución Española ha celebrado su 42º aniversario. Pocos documentos han sido tan atacados y tan defendidos, aunque últimamente es precisamente la falta de defensa lo que constituye uno de sus mayores ataques.

Es complicado incitar a una población que ve cómo los cambios sociales no se reflejan en el papel a que custodie y proteja tal papel, al cual considera ya mojado. Del mismo modo, la mala gestión que se viene haciendo de esos cambios no hace otra cosa que alimentar al mayor beneficiado de un clima social exaltado y de cualquier crisis (sanitaria, económica... hay para elegir), es decir, al populismo.

Cabe señalar que el populismo no es otra cosa que el enfado de un grupo canalizado pasionalmente al tema que interese en el momento, en este caso la política. Pero como hablamos de política como si fuera un deporte, (mientras que al deporte lo tratamos como religión, y a la religión como política), esa pasión sobrepasa a la verdadera ideología y la política se convierte en una excusa que intenta justificar cualquier comportamiento.

Si existiera un verdadero interés por solucionar malas gestiones, el primer paso sería informarse del problema concreto y de sus posibles soluciones, pero en los populismos la razón no interesa. Así, nos encontramos con constantes peticiones de reforma de la Constitución que fallan en aclarar qué alternativa ofrecen, por lo que lo único que consiguen es avivar fuegos en vez de apagarlos.

Tales golpes al aire pueden terminar causando mucho daño, por lo que, en contrapartida a ellos, deberían aparecer los defensores de la Constitución y de los caminos democráticos que esta establece, pero en su lugar nos topamos con un segundo gran ataque: la indiferencia.

Cada vez somos más las generaciones que damos por sentada la democracia en la que hemos nacido y, en consecuencia, no defendemos con la misma avidez los derechos que siempre hemos tenido que quienes tuvieron que luchar por ellos. La indiferencia, ya sea en mayor o en menor medida, no es exclusivamente generacional, dándose también los casos de quienes se han pasado la vida defendiendo todo lo que representa la Constitución, y ya están cansados.

Esta despreocupación se ve reflejada en las urnas. Todos hemos escuchado (o incluso dicho) aquello de “votaré a este partido porque son el mal menor”. Y es que no votamos por convencimiento, sino por descarte y con desgana, y eso si votamos.

Tenemos pues, la avalancha de populismos que ansía cambios tangibles, sin importar en absoluto si son para bien o para mal, y la oposición racional débil y desidiosa de quienes defienden al mal menor. Es esa defensa la que debemos entonces levantar y fortalecer a base de crear cultura normativa y pensamiento constructivo. Defender la Constitución no significa ignorar sus fallos, sino apreciarla lo suficiente como para querer enmendarlos siguiendo los cauces democráticos que en ella misma se han previsto.

La Constitución debe entenderse como si fuera el transporte urbano: seguramente un tren, autobús o metro no va a dejarte justo a la puerta del sitio al que quieras ir, pero cogerás la línea que más cerca te deje. Del mismo modo, es imposible que una misma Constitución satisfaga los intereses de todos los colectivos o de todos

Queda así claro que el papel cambia más lentamente que la sociedad, pero eso no quiere decir que no cambie, siempre que se presenten opciones mejores y razonables y no se caiga en la desesperanza extremista ni en la resignada y peligrosa apatía.

Protegiendo la vida digna

Aroa Fidalgo Hidalgo

*Alumno de cuarto curso del Grado de Derecho
Facultad de Derecho de León*

Hasta nuestros días, en el Estado Español, la eutanasia y las diferentes formas de colaboración al suicidio son conductas ilícitas tipificadas en el artículo 143 del Código Penal. Pese a ello, las conductas exclusivamente sancionadas son los actos y no las omisiones.

Es decir, la administración de un fármaco, o cualquier tipo de veneno, puede ser penalizado o sancionado, pero no será así en cuanto al cese de la manutención del enfermo.

Queda así despenalizada tanto la renuncia a iniciar un tratamiento por parte del enfermo, aunque ello después lo conduzca a la muerte, como la retirada de una medida de sostén que lo mantuviese con vida.

Dice la norma, además, que los actos castigados son sólo necesarios y directos. Quedan pues despenalizadas aquellas acciones que puedan provocar o adelantar la muerte de un modo indirecto como sería el caso de la sedación terminal en la que supuestamente, las medidas para el alivio del sufrimiento pudieran adelantar la muerte.

A pesar de esto, que ya supone un cierto avance pues hasta 1995 la persona que intentaba suicidarse y el colaborador, si lo

hubiere, iban directamente a la cárcel quedando un gran vacío legislativo respecto de múltiples situaciones en las que el sufrimiento de las personas no encontraba alivio de ninguna manera y recurrían a medidas extraordinarias como podía ser el disponer de la propia vida mediante una eutanasia o un suicidio medicamente asistido.

Por lo tanto, puesto que las leyes democráticas son la alusión ética común a toda la ciudadanía, se hace imprescindible analizar el tratamiento que hacen las nuestras de la disponibilidad de la propia vida en el contexto de enfermedad progresiva e incurable.

Son diversas las opiniones acerca, de la eutanasia, pero porque una persona no va a poder morir digna y tranquilamente, porque prolongar un sufrimiento “inútil” que solo termina por degradar la condición física y moral del paciente.

Tras escribir este pequeño artículo son infinitas las preguntas que rondan mi cabeza, pero ¿Por qué seguir alargando el sufrimiento de alguien que no lo merece? ¿Es cierto que el 84% de la población española esta a favor de la eutanasia?

¿Y qué pasa con nosotros?

Aroa Martínez Colinas

*Alumna de cuarto curso del Grado en Derecho
Facultad de Derecho de León*

¿Te imaginas despertarte un día y que tu vecino ya no esté porque no le llega internet a casa? ¿O sentarte en un banco con tu amigo de toda la vida a recordar lo que era tu pueblo, y ya no es? Esta es la realidad que viven muchas, mejor diría, demasiadas personas en el medio rural.

No pasa desapercibido el término “despoblación” con el que medios de comunicación y políticos salpican nuestro día a día; pero lo verdaderamente importante es saber de qué hablamos y por qué se da.

Habría tantos los motivos que darían para escribir un libro, pero si me tengo que quedar con uno, lo que ocurre en la España vaciada a día de hoy es una falta absoluta de recursos básicos y esenciales, con el añadido de que, si esto ya se sabía, el panorama que ha dejado la pandemia lo ha evidenciado más, si cabe.

¿Por qué cuáles son los servicios públicos fundamentales e irrenunciables en nuestra sociedad del siglo XXI? Sanidad, educación, dependencia, y no parece descabellado que nosotros, los jóvenes, reclamemos la cobertura móvil y acceso a Internet.

Este año hemos aprendido muchas cosas. Nos encontramos con una situación inédita unos meses, los del confinamiento, que si fueron difíciles para todos, se complicaron mucho más en aquellas zonas de la provincia en las que no disponen de los servicios que acabo de mencionar, imposibilitando que muchos estudiantes universitarios, muchos compañeros, pudiesen seguir sus clases con normalidad y a sus

padres, me consta, poder teletrabajar como demandaban las circunstancias.

Según el **artículo 9** de la Constitución Española, de nuestra Carta Magna, es competencia de los Poderes públicos promover la igualdad de unos y otros, una igualdad que ha de ser **REAL** y **EFFECTIVA**, para lo que habrán de derribar los obstáculos que puedan impedir la participación de todos en la vida política, económica, social y cultural.

¿Y en la práctica, dónde ha quedado esa igualdad? Esa igualdad de la que los distintos partidos políticos se llenan la boca, sin ofrecer ninguna solución real y efectiva a los problemas de los ciudadanos.

Resulta complicado que en la actualidad los jóvenes veamos como una salida posible desarrollar nuestra vida en el medio rural debido no solo a la complicada situación laboral que presentan sino, y sobre todo, por la carencia de esos servicios esenciales que provoca nuestra huida a las ciudades, como en estampida.

Y yo me pregunto, si nadie ha pensado utilizar el Fondo de Compensación que debe repartirse entre las Comunidades Autónomas y Provincias por mandato del artículo 158 de la CE, para resolver los problemas de fondo que subyacen en la despoblación del medio rural y, si lo han hecho, está claro que no ha funcionado correctamente porque no ha sido capaz de garantizar un nivel mínimo en la prestación de servicios públicos fundamentales en todo el territorio español por igual.

Ahora bien, si se dejara a nuestros pueblos, mejores conocedores que nadie del problema, tomar las decisiones de inversión, generar empleo, crear polígonos y garantizar servicios, permitiendo así que el ciclo económico se estabilizase, si se les dejase apostar realmente por fomentar el ocio y la cultura, si las Administraciones superiores de una vez les facilitarían el acceso a internet y telefonía, creo que aumentarían las ganas, nos aumentarían las ganas de apostar por el medio rural. Y en contra de ellos, durante años no les han dejado ni usar sus remanentes, que encima son suyos, y que son la mejor muestra de la solvencia de las Administraciones locales al hacer frente a sus deudas.

Y entonces para mí ¿cuál sería el reto? Está claro que dejar actuar a nuestros pueblos, para impedir que mueran poco a poco, viéndolos convertirse en fantasmas del pasado. Que se atiendan por el resto de las Administraciones, Estado y CCAA sus necesidades y demandas. Que se haga caso a alcaldes como Javier Santiago, que hace un par de semanas en la Facultad de Derecho defendió el acceso a internet de los pueblos de la provincia, ilusionándonos a todos por hacernos creer que cambiar las cosas aún es posible. Y por si queréis ayudar, comparad la cobertura que dice el Estado que hay en vuestro pueblo y la que hay realmente; y si no coincide te animo a informarlo a: coberturaleon2020@gmail.com. ¡Entre todos lo conseguiremos!

La Constitución, nos garantiza la libertad de ser quien somos

Celia Zunzunegui Pacho

*Alumna de tercer curso del Grado en Derecho
Facultad de Derecho de León*

Libertad, es un concepto con el que, por surte, mi generación se ha criado, garantizada por nuestra carta magna que este año cumple 42 años y que a mi pesar se está infravalorando y abandonando.

Situaciones que ahora están permitidas y que se dan por hecho hasta hace no demasiado estaban prohibidas, aún recuerdo aquellas historias en las que las mujeres eran tratadas como eternas menores de edad, dependientes toda su vida de hombre, aquellas historias en las que por amar a una persona podrías terminar en la cárcel y desterrado de tu propio país, de tu hogar, aquellas historias en las que en el momento de ser juzgado, no te juzgaban

solo por tus actos sino también por tus ideales y creencias, aquellas historias en las que, por salirte del molde, por ser diferente y expresar los que piensas tu propia integridad física corría peligro.

Mi generación, y espero que las próximas generaciones, hemos vivido en este gran estado de bienestar en el que todos somos iguales ante la ley sin importar las condiciones o circunstancias propias de cada persona, según el **artículo 14** de la Constitución, en este estado de bienestar en el que tenemos una absoluta libertad religiosa sin más límite, únicamente en sus manifestaciones, que el orden público protegido por la ley, según el **artículo 16** de

la Constitución, y otros muchos derechos que, día a día, pueden pasar desapercibidos pero que se ejercen cada día.

Creo que la posible invisibilidad de estos derechos que garantiza la Constitución es una gran señal pero con nefastas consecuencias, se trata de una gran señal ya que el que pasen tan desapercibidos significa que ya se da por hecho, es decir, que no ha habido necesidad de reivindicarlos, pero esto puede producir que en caso de limitarnos estos derechos estemos tan poco acostumbrados a luchar por ellos que a la hora de la verdad no sepamos hacerlo.

La Constitución nos ha hecho el regalo más increíble que se puede pedir, la libertad, libertad para ser quien quieras y pensar como quieras, libertad para poder perseguir ese romántico ideal de libertad sin miedo a que “el Gran Hermano” te controle y reprima, es decir, derecho a ser libre, derecho a ser tu.

Por todo esto debemos considerar todo ataque a nuestra carta magna como un ataque hacia nuestra propia persona porque ese documento que puede pasar desapercibido (sobre todo en las generaciones más jóvenes) es el máximo garante de nuestros derechos y libertades.

No debemos ver la Constitución como algo que te tiene que gustar o no según tu partido político o ideales ya que la Constitución es justo lo que te permite tener dichos ideales sin miedo a represalias. La Constitución y los derechos que nos otorga son como la luz, cuando existe y funciona nadie se para a pensar en lo necesaria que es pero cuando desaparece nos damos cuenta de lo fundamental que es para no vivir en la oscuridad.

Todos, sin importar raza, sexo, religión, opinión... debemos proteger la Constitución, debemos proteger lo que nos protege, debemos salir en defensa de la Constitución.

¿Puede ser obligatoria la vacunación?

Julio Cesar Prieto Álvarez

*Alumno de tercer curso del Grado en Derecho
Facultad de Derecho de León*

«El bien común supera el bien particular» (Tomás de Aquino)

El próximo día 31 de enero se cumplirá un año desde el inicio de la pandemia de Covid 19 en nuestro país. Desde el comienzo, todas las esperanzas estuvieron centradas en la idea de que algún día tuviéramos una vacuna efectiva contra este virus. Actualmente, son varios los laboratorios de todo el mundo que han conseguido elaborar distintas vacunas prácticamente igual de efectivas.

Al mismo tiempo, los gobiernos de los distintos Estados han tejido planes para la administración de estas vacunas a la población, y de forma paralela han surgido conspiraciones sobre el macabro origen y posibles efectos adversos de la vacuna. Todo ello ha dado pie a que surja entre los ciudadanos una importante y controvertida cuestión: ¿Pueden obligarme a vacunarme?

Ahora bien, para resolver esta cuestión debemos acudir a nuestra norma fundamental, la Constitución Española de 1978, y más concretamente a los derechos fundamentales que ella contiene. Cuatro son los derechos constitucionales que podrían estar siendo vulnerados si se hiciese preceptiva la imposición de la vacuna: el derecho a la integridad física y moral, y el derecho a la vida (**Artículo 15 CE**); el derecho a la libertad (**Artículo 17 CE**); y el derecho a la intimidad personal (**Artículo 18 CE**). En mi humilde opinión, la esencia de todos estos derechos reside en el principio de libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (**Artículo 1.1 CE**); y conexo al mismo la facultad de decidir. Con todo esto obtenemos el derecho a la libertad de decisión individual. A priori este derecho nos facultaría plenamente para decidir libremente si nos administramos o no nos administramos la vacuna (en este contexto). No obstante, en la propia Constitución y en la LO 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, encontramos el principal límite al ejercicio de este derecho: “*el orden público protegido por la ley*”, y más concretamente, en este contexto, la “*salud pública*”. En este caso, nos encontramos ante una colisión entre un derecho individual (la libertad de decisión individual) y un derecho colectivo

(la salud pública), ahora bien, en estos casos siempre prevalecerán los derechos colectivos.

Por todo ello, podemos afirmar que la vacunación sólo será obligatoria cuando esté en peligro inminente y extremo la salud pública, en el caso del COVID 19, esto resulta más que probado. Ahora bien, los planes de vacunación deberán tener un alcance temporal limitado, mientras persistan las notas características de “inminente” y “extremo”, pues de lo contrario la obligación de vacunar sería inconstitucional e ilegal.

Fuera de estos supuestos, cada persona libremente podrá decidir si se administra o no se administra la vacuna, al no operar ese límite.

Para concluir, a mi parecer, la vacunación es un poderoso arma que afortunadamente tenemos para acabar con la pandemia, pero para que esto suceda, tiene que existir un sólido plan de vacunación, el cual no existe en nuestro país, además, en los peores momentos de la pandemia, nuestro Gobierno está desaparecido, “*España es un barco en medio de la tormenta sin un capitán dirigiendo el timón*”; esperemos no naufragar...

Libertad de expresion y derecho al honor

Inés Palacio León

*Alumna de segundo curso del Grado en Derecho
Facultad de Derecho de León*

Según el artículo 20 de la Constitución Española, existen características comunes al derecho de información y de expresión, como que ambos son derechos de tanto de emisión como de recepción, son derechos fundamentales con sujetos tanto individuales

como en las comunidades. Además, tienen ciertos aspectos subjetivos, como manifestación del derecho de conciencia y que ambos están arraigados a la personalidad y otros aspectos más objetivos como garantías institucionales que son el reconocimiento

como institución política fundamental, que nos lleva a formar la opinión pública libre, pero ¿por qué es tan importante? Porque se forma una cadena que a su vez, crea una relación de retroalimentación a formando un círculo cerrado de la siguiente forma: se dan una serie de libertades que derivan en una opinión pública libre, que a su vez sirve para crear el pluralismo político que tiene como resultado la democracia, que a su vez, permite el pluralismo político porque existe la opinión pública libre porque existen esas libertades, y así se cerraría el círculo.

La opinión pública libre tiene dos efectos que conllevan por ser garantía institucional, que son por un lado, el establecimiento de un núcleo esencial indispensable, que lleva al legislador a no regular sobre las libertades porque se las considera un núcleo protegido, aunque lo que sí está permitido es su desarrollo del contenido de los mismos; y por otro lado, existe un posicionamiento preferencial cuando entre en conflicto con otros derechos fundamentales con otros intereses de significativa importancia a nivel social y político que también se encontrarían protegidos en el ámbito incluso de lo penal.

Para que prevalezcan tienen que tener un objetivo concreto como por ejemplo la

formación opinión pública libre, la formación de la conciencia, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, y a mayores dos características más, que serían la relevancia pública y la adecuación de las expresiones.

Por lo tanto, los límites del derecho de expresión serían una manifestación del derecho de conciencia y su límite sería el orden público protegido por la ley. **El artículo 20.4 de la Constitución Española**, establece como límites otros derechos fundamentales, la protección de la juventud, la protección infantil y la libertad. Además se tiene muy en cuenta el artículo 16 de la Constitución española, que establece los límites necesarios para todas las manifestaciones recogidas para el ordenamiento jurídico.

Para el **artículo 20.4** que recoge la situación de cuando son garantías constitucionales y chocan entre ellas hay una interpretación constitucional de la que ahora pasamos a hablar derecho de expresión cuando entra en conflicto con el honor, prevalece el derecho de expresión siempre que se respete el fin constitucional y debe respetar, como como cité anteriormente, los requisitos de adecuación de las expresiones y ser asunto de interés general.

Penas privativas de libertad

Aurora Ordúñez Pérez

*Alumna de segundo curso del Grado en Derecho
Facultad de Derecho de León*

Después de dos días de jornadas universitarias, acerca de la Defensa de la Constitución española, decidí investigar sobre un tema de la rama del Derecho penalista como es: “las penas privativas de libertad y la prisión permanente revisable”.

Lo primero que hay que decir es que la libertad es un derecho consagrado como fundamental en nuestra Constitución en su **artículo 17**, pero que va asociado a la seguridad, y por tanto, nadie puede ser detenido ni preso sino es con arreglo a la

ley, es decir, esta seguridad funciona como una garantía contra las privaciones arbitrarias de libertad.

Una vez aclarado esto, es relevante saber ¿qué son las penas privativas de libertad? Son aquellas sanciones penales que consisten en la privación del derecho a la libertad en un lugar determinado durante el tiempo que se establezca en la sentencia condenatoria, quedando sometido a un régimen de vida específico. Reguladas en el artículo 32 del Código Penal.

De acuerdo con el **artículo 25.2 de la Constitución Española**: Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados y durante el tiempo de la condena gozará de los derechos fundamentales del Capítulo II del Título I de nuestro texto constitucional, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

A mi juicio, como estudiante del Grado en Derecho, las penas privativas de libertad tienen el propósito de castigar una conducta contraria a unas normas preestablecidas, pues hay que dejar claro que el sujeto cuando ha cometido el delito ha tenido la intención de realizarlo (*dolo*), sabedor que podía haber actuado de otra manera, esto es conforme a las normas, por ello se le aplica el castigo.

Aunque la perspectiva que debe seguir la privación de libertad no es la del castigo sin más, (encerrar al sujeto en una prisión por un tiempo determinado), sino que debe ir más allá y tener un fin de resocialización como objetivo principal del tratamiento penitenciario en la privación de libertad y hacer entender al sujeto que debe actuar conforme a las normas, en este caso a la Ley

penal, según lo recogido en nuestro texto constitucional. Esta sería la esencia de la privación de libertad, evitar la comisión de delitos futuros mediante una reeducación. Si bien en el día a día se puede percibir que este fin es teórico pues la realidad es que hay un núcleo de la población reclusa que entra y sale de prisión y por tanto la finalidad de reeducación no se cumple.

Estas penas privativas de libertad, sólo se pueden cumplir en un centro penitenciario, con la excepción de la localización permanente.

No se entiende como pena privativa de libertad: la detención, la prisión provisional, la multa o cualquier otra medida cautelar de carácter penal y que sea restrictiva del derecho a la libertad.

Se clasifican generalmente en tres grados, aunque se ha añadido también un cuarto grado, estos son:

1. Primer grado: Régimen cerrado (peligrosidad extrema o inadaptación a los otros dos regímenes).
2. Segundo grado: Régimen cerrado ordinario.
3. Tercer grado: Régimen abierto. Para poder acceder a este grado el sujeto ha de haber cumplido la responsabilidad civil derivada del delito, un periodo de la pena impuesta y buena conducta. Hay dos modalidades de régimen abierto: el régimen abierto normal y el régimen abierto restringido (*para internos con problemas de adaptación social*).
4. Cuarto grado: libertad condicional (artículo 90 CP y siguientes). Este tipo de libertad tiene diferentes modalidades: normal, adelantada, súper adelantada y especial.

Por otro lado, es relevante conocer dentro de este tipo de penas privativas de libertad,

la pena de prisión permanente revisable, tomando la definición del artículo 33 del Código Penal, es una pena grave que prevé nuestro sistema penal para castigar hechos ilícitos que encierran una gran peligrosidad. Con esta pena el sujeto permanecerá en la cárcel hasta que se considere que está preparado para la reinsertarse en la sociedad.

En la actualidad este tipo penal de prisión ha generado una gran polémica pues hay corrientes que aseguran que no llegando a vulnerar, sí se mueve en un ámbito polémico en lo relativo a los **artículos 15 CE** (*no imposición penas inhumanas*) y **25.2CE** (*penas orientadas hacia la reeducación*). El mandato de determinación y el principio de taxatividad que de forma

implícita se asocian al **artículo 25.1 CE** y que son un reflejo del principio de legalidad. El principio de efectividad o eficacia que argumenta que las penas excesivamente largas, como es el caso de la permanente revisable son ineficaces.

Para terminar, la reflexión que he de hacerme como estudiante de Grado en Derecho, es que si este tipo de prisión por ser la más restrictiva es constitucional o no, la respuesta es inexacta, ni si quiera los propios penalistas lo saben a ciencia cierta pero sí argumentan que si no es inconstitucional plenamente está al borde de serlo, es un gran dilema en España y aún más para su justicia, en el contexto del Estado social y democrático de Derecho en el que se constituye España.

En defensa de nuestra hostelería. En defensa de nuestra Constitución

Daniel Blanco Núñez

*Alumno de cuarto Curso del Grado en Derecho
Facultad de Derecho de León*

Con motivo de la celebración del Curso “En defensa de la Constitución” organizado por el Departamento de Derecho Público de la Universidad de León a propósito de conmemorar el 42 Aniversario de nuestra Carta Magna, por parte de sus Directoras se nos brinda a los alumnos la posibilidad de expresar las muchas inquietudes que nos han suscitado el actual contexto de pandemia en relación con alguno de los artículos de nuestra Ley Fundamental.

En lo que a mi respecta, me preocupa y mucho la situación de la hostelería en nuestra provincia. Como ustedes conocen, a finales del pasado mes de octubre y a

comienzos de noviembre, fueron muchas las Comunidades Autónomas que decretaron el cierre de los establecimientos hosteleros en aras de tratar de frenar la denominada “segunda ola” del Covid-19, ese virus que nos asola desde comienzos del presente año y que ha cambiado las vidas de todos. No pretendo hacer una crítica a esta medida, puesto que, a decir verdad, me falta conocimiento en materia sanitaria y tampoco tengo a mi alcance los pormenorizados informes de los que imagino que disponen las diferentes Administraciones respecto a la incidencia vírica en el sector hostelero que les ha llevado a tomar tan drástica medida.

Pero sí puedo, a la vista de los hechos, hacer una consideración jurídica desde el Derecho tributario en defensa de nuestra hostelería, de nuestros hosteleros, en la medida en que desde mi punto de vista se puede vulnerar, y, de hecho, creo que se ha vulnerado en las últimas semanas un precepto constitucional que, consecuencia del cierre, se menoscaba –del mismo modo que el sector– por las distintas Administraciones.

El artículo en cuestión no es otro que el **31** de nuestra Carta Magna en el cual, y cito textualmente, se establece que *“Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo...”*. Dicho en otras palabras, la Constitución en este artículo nos garantiza que en nuestro país rija un sistema tributario cuya principal característica es la justicia, lo cual, en palabras sencillas significa que el pago de los diferentes tributos se vincule a la riqueza o capacidad económica de cada contribuyente obligado a pagar los impuestos; y todo ello basado, y esto es muy importante, en su situación económica real.

Al hilo de esto último, permítanme que me plantee las siguientes reflexiones: ¿Dónde se encuentra esa capacidad económica generada en las últimas semanas por el sector hostelero en virtud de la cual ha de contribuir al Erario público como establece este artículo 31?; ¿Qué riqueza se puede gravar mediante la imposición de tributos si nuestros hosteleros se han visto abocados a cerrar obligatoriamente sus establecimientos? ¿Cómo van a pagar los tributos si no desarrollan actividad económica alguna? Ahí lo dejo.

Como sabrán, a día de hoy y aun estando cerrados, los trabajadores de la hostelería siguen abonando sus tributos, tasas e impuestos, asociados a su actividad, esperando desesperadamente a que llegue el Plan Nacional de Ayudas que les permita

seguir adelante (y que, por cierto, todavía no se ha definido por parte del Ejecutivo Estatal en coordinación con el resto de las Administraciones, que no sé a qué esperan uno y otras).

E intentando paliar la desesperación del sector, encontramos que, numerosos Ayuntamientos de forma bienintencionada –o con mucha improvisación, según prefiera verse– publicitan medidas de urgencia que pretenden solventar, al menos en parte, que no lleguen las ayudas y, en lo que nos interesa más, que se cumpla el mandato constitucional que garantiza un sistema tributario justo del artículo 31 de la Carta Magna.

Me refiero al establecimiento por parte de algunos Municipios a través de la correspondiente ordenanza fiscal de una bonificación en el pago de la cuota correspondiente al Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI) que, aunque pudiera parecer parte de la solución a la hostelería no lo es realmente. Y ello porque no beneficia tanto a los hosteleros como a los propietarios de los locales, cuando, en su gran mayoría, los establecimientos dedicados a la hostelería son alquilados.

Por lo tanto, esta medida, por mucho que se venda políticamente no tiene un efecto significativo sobre el sector hostelero, que es el que está en situación preocupante, porque en la mayoría de los casos el importe de dicho beneficio fiscal se queda en el ámbito de los propietarios y no repercute en los arrendatarios que son los sujetos que ahora no pueden ejercer su actividad habitual y son los que han visto reducida considerablemente su capacidad económica, razón por la cual los que deben pagar menos impuestos son ellos. Y eso puede conseguirse bajando las tasas locales (si hay un precepto legal que habilite a ello) con la bajada del IVA, con incentivos fiscales en

el IRPF o retocando el régimen de módulos.... en fin, se trata de estudiar el problema con seriedad y ajustar su pago de tributos a su capacidad económica real como pide la Constitución.

Reconociendo la complejidad de la situación actual a todos los niveles, tengo claro que no puede abandonarse a su suerte al sector hostelero –que el pasado año dio trabajo a cerca de 1,7 millones de personas y contribuyó a generar el 6,2% de nuestro PIB– ni tampoco puede ser objeto de

improvisación por parte de nuestros gobernantes a la hora de tomar las decisiones que en caso les competen. Es por ello que cualquier decisión que se tome en materia fiscal ha de ser efectiva y acorde con el cumplimiento íntegro de nuestra Norma Fundamental que ha sido –y sigue siendo– el medio para asegurar los derechos y libertades de todos y en este caso la justicia del sistema tributario. En definitiva, en defensa de nuestra hostelería. En defensa de nuestra Constitución.

Constitución y restricciones a la libre circulación

Alejandro Martínez Losada

*Alumno de cuarto Curso del Grado en Derecho
Facultad de Derecho de León*

En un año tan atípico como es este 2020, otro 6 de diciembre más, desde que en 1978 fuera ratificada por el pueblo español, nuestra Carta Magna cumple su 42 aniversario. Por esta razón, y para cumplir con el mandato de las Directoras del Curso “En defensa de la Constitución” quiero hablarles de un tema tan importante como es el Derecho Fundamental a la libertad de circulación de todos los ciudadanos, recogido en el artículo 19 de nuestra Norma Fundamental, derecho sumamente cuestionado a lo largo del presente año a causa de la COVID-19.

Mucho se ha hablado de la libertad de circulación, pero, ¿en qué consiste realmente la libertad de circulación? La definición de la misma podría ser “la libertad de deambular por el territorio nacional, es decir, la posibilidad de trasladarnos de un lugar a otro sin injerencia ni traba alguna”, libertad que, por otro lado, se recoge expresamente en el Capítulo

segundo del Título primero, dentro de los Derechos Fundamentales con una protección especial que se establece en el **artículo 53** de la Carta Magna.

Es evidente que nos situamos ante un derecho fundamental de suma importancia para la sociedad y, por ello, es conveniente señalar cuáles son sus límites, límites que, aunque la propia Constitución no establece expresamente, el Tribunal Constitucional sí lo hace, lo que resulta relevante dado su carácter de intérprete supremo de la Norma Fundamental. Siguiendo la jurisprudencia constitucional los límites de este derecho esencial se encuentran en el estorbo del ejercicio de otros derechos fundamentales, y el respeto a su desarrollo mediante leyes orgánicas. Hasta el presente año, pocos casos controvertidos había tenido el ejercicio de este derecho, cosa que obviamente ha cambiado de plano con la pandemia.

El 14 de marzo de 2020 se aprueba por el Gobierno el Real Decreto 463/2020, el cual tomaba una medida inédita, limitando a un confinamiento domiciliario obligatorio a toda la población para contener la extensión de la COVID-19, mediante la herramienta del estado de alarma.

La Ley Orgánica 4/1981 reguladora de los estados de alarma excepción y sitio establece en su artículo 2 que se puede declarar el estado de alarma en casos de “crisis sanitarias como epidemias” y el artículo 11 de la misma Ley indica que “el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes: a) limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos (...)”. La propia ley en su artículo 20 establece una serie de límites durante la supresión del derecho a la libertad de circulación. Utilizando toda esta batería normativa el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, limitó la libre circulación de las personas con una serie de excepciones, siempre justificadas, y sirvió para mantener en sus casas a todos los españoles como el mejor dique de contención entonces, de la expansión del virus.

De ahí que este atípico 2020 hemos visto como el derecho a la libertad de circulación, un derecho prácticamente “olvidado” por la sociedad por los pocos problemas que había generado en Democracia, salta a un primer plano de las preocupaciones ciudadanas este año, preocupándonos a todos hasta qué punto las restricciones al mismo están verdaderamente justificadas y si el Ejecutivo estatal o autonómico pueden decretar de nuevo un confinamiento

generalizado que parece estarse sorteando, al menos de momento.

Afortunadamente creo que nuestra Carta Magna nos garantiza la disponibilidad de este derecho y su libre ejercicio y con ello estorba cualquier posible abuso por parte de los Poderes públicos en el uso de restricciones injustificadas al mismo, que los ciudadanos, cada vez, queremos que nos expliquen más y mejor.

En definitiva, y aunque haya tenido que limitarse por una causa excepcional que todos estamos deseando ver desaparecer, después de 42 años, nuestra Constitución sigue siendo el máximo garante de que no se produzcan abusos en las restricciones a la libertad de circulación de los ciudadanos por parte de los diferentes Ejecutivos, y, sin duda, el mejor termómetro democrático para conseguir que se logre el ansiado equilibrio entre este derecho y el derecho a preservar nuestra salud.

Este 2020 ha sido un año difícil para toda la sociedad y, aunque las medidas nos pueden haber parecido desproporcionadas, considero que en realidad han sido necesarias para no colapsar aún más nuestro sistema sanitario, evitando con ello un mayor número de muertos. Estas restricciones, como digo, necesarias, dado el punto en el que nos encontrábamos, se encontraban amparadas en la Ley 4/1981 y han sido determinantes para garantizar la salud pública de los españoles. Esto, no obstante, no ha evitado críticas, ni tampoco justifica acudir a este tipo de límites a la mínima de cambio. El paso del tiempo dirá y nos mostrará desde su perspectiva qué es lo que hemos hecho bien, y qué no. Esperemos, por el bien de las generaciones venideras no habernos equivocado demasiado.

La inviolabilidad del Rey

David Nebreda

*Alumno de tercer curso del Grado en Derecho
Facultad de Derecho de León*

El presidente del Gobierno planteó la posibilidad de reformar el **artículo 56** de la Constitución que establece la inviolabilidad del rey. Al margen de las circunstancias que concurren en el rey emérito Juan Carlos I, que parecen ser la causa inmediata de la reforma pretendida, no cabe duda de que el **artículo 56**, pensando en el presente y en el futuro de la monarquía parlamentaria, merece ser examinado.

La persona del rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad, dice el primer punto del apartado 3 del artículo mencionado. Este precepto ha sido interpretado por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sin ponerlo en conexión con otros preceptos de la Constitución, ni siquiera con el segundo punto del mismo apartado 3 del artículo 56. Y esa interpretación ha conducido a dichos tribunales a establecer que la inviolabilidad del monarca es absoluta, que comprende los actos públicos que corresponden a su función de jefe del Estado y también a sus actos privados. Según esta doctrina jurisprudencial, si el rey, por ejemplo, presuntamente cometiera un grave delito, no pagara la factura en un restaurante, no hiciera la declaración anual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, o bien ocultara una donación recibida, ni los particulares afectados, ni la Administración, ni los fiscales podrían acudir a los tribunales en defensa de sus respectivos intereses públicos o privados; ningún tribunal podría investigar o procesar al rey ni podría exigirle responsabilidad alguna. ¿Es ésta una lectura correcta de la Constitución?

La lectura que han hecho de la Constitución los tribunales antes mencionados, a nuestro juicio, no es correcta. En efecto, el apartado 3 del artículo 56, después de proclamar la inviolabilidad e irresponsabilidad del rey establece que los actos del monarca para que sean válidos deben ser refrendados por el presidente del Gobierno, por los ministros o por el presidente del Congreso, según los casos (también el artículo 64 de la Constitución). Mediante el refrendo se desplaza la responsabilidad por los actos del rey, dictados como jefe del Estado, a los que los refrendan. De manera que no es difícil concluir que la inviolabilidad y la irresponsabilidad del rey se refiere a los actos que son refrendados. Los actos privados no son refrendados; por tanto, su responsabilidad no puede atribuirse a otros, y nada dice nuestra Constitución sobre la existencia de actos privados exentos de responsabilidad, ni es necesario que se pronuncie expresamente en este sentido, pues resulta inconcebible que bajo el principio de justicia que preside nuestra Constitución, fuera posible que el rey estuviera por encima de la propia Constitución y de las leyes. De manera que una comprensión adecuada de nuestra Carta Magna restringiría la inviolabilidad del monarca a la práctica que es objeto de refrendo.

El Rey en nuestra Constitución no está por encima de la ley, no es un rey por derecho divino, sino que debe su cargo a la Constitución y ésta ordena que todos los poderes estén sometidos a la ley y al Derecho. En la inmensa mayoría de Estados democráticos, los jefes del Estado solo están

exentos de responsabilidad por los actos que son refrendados por presidentes del Gobierno o ministros. En otros países no se puede juzgar por delitos comunes a sus presidentes mientras dure su mandato, pero las infracciones o delitos que pudiera haber cometido el jefe del Estado se pueden juzgar

al cesar en su cargo. Pero teniendo en cuenta que el rey en España puede ser jefe del Estado hasta su muerte la regla anterior no puede aplicarse, y en caso de abdicación, de acuerdo con los tribunales antes citados, tampoco se le puede juzgar por actos privados durante su mandato.

¿Es realmente independiente el Consejo General del Poder Judicial?

Lucía Rodríguez Prieto

*Alumna de segundo curso del Grado en Derecho
Facultad de Derecho de León*

La Constitución en su **artículo 117. 1** dice “*La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley*” pero en el **artículo 122.2** señala “*El Consejo General del poder judicial es el órgano de gobierno del mismo*”. Hasta aquí vamos bien, sin embargo, en el inciso nº 3 de este mismo **artículo 122** se establece su composición: “*El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un periodo de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión*”.

Por lo tanto... ¿estamos realmente ante un poder judicial independiente? Desde mi punto de vista esto no es del todo cierto, puesto que en el artículo 122.3 CE vemos que el Consejo de los Diputados y el Senado designan a 4 Jueces o Magistrados cada uno, los cuales están integrados por partidos políticos cada uno con su ideología.

A su vez, hemos visto no hace mucho que una exministra del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), la señora Dolores Delgado, se ha convertido en la Fiscal General del Estado, lo que puede convertir en arbitraria a la Justicia española.

Tras la ponencia del día 3 de diciembre de 2020 del profesor y doctor Don Francisco Sosa Wagner me reafirmo ante estas convicciones. En ella aludió a las denominadas “puertas giratorias” entre la política y la justicia, las cuales todavía ponen más en evidencia la independencia del Poder Judicial (el caso antes mencionado de Dolores Delgado).

Lo que más me llamó la atención fue que estaba a favor de la eliminación del Consejo General del Poder Judicial, para que estos

casos no se volvieron a repetir. Incluso nos dijo el mecanismo, que es la modificación de un párrafo del Decreto del Consejo del Poder Judicial.

Sin duda alguna, la ponencia más impactante y a la vez más destacada, en mi opinión, sobre el Consejo General del Poder Judicial y su independencia de los otros Poderes.

El poder judicial en el marco del principio de unidad en el estado de las autonomías

María Santisteban Castro

*Alumna de cuarto Curso del Grado en Derecho
Facultad de Derecho de León*

La Prof.^a Dra. Piedad González Granda en su ponencia bajo el título “*El Poder Judicial en el marco del principio de unidad en el Estado de las Autonomías*” expone de forma clara y concisa todo lo que tiene que ver con un tema que, si bien resulta ser elemental para el entendimiento del modelo que estableció el legislador constituyente, es una materia cuya comprensión, en ocasiones, genera confusión por todo lo que abarca. Y es que la explicación de los conceptos más básicos o elementales no es algo al alcance de cualquiera, ya que resulta ser esta una ardua tarea en la que únicamente pueden permitirse el lujo de embarcarse los juristas más brillantes.

La ponente lleva a cabo un esfuerzo en su explicación comenzando por los aspectos más generales hasta llegar a lo más específico, siendo esto algo que se agradece enormemente si tenemos en cuenta que la mayor parte del público asistente a este curso estaba conformado por alumnos del Grado en Derecho.

El punto de partida está en la propia explicación de los pilares que dotan de la cualidad de “*poder*” al Poder Judicial frente al modelo anterior, siendo estos: el

establecimiento de una reserva de ley reforzada en el **artículo 122.1 CE**, siendo la LOPJ el único texto normativo capaz de regular todos los aspectos relativos a la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, y el estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia; y la creación del CGPJ, convirtiéndose este en el órgano de autogobierno del Poder Judicial, ostentando un conjunto de potestades gubernativas, incluyéndose la disciplinaria. De este modo, la Prof.^a González Granda nos muestra la diferencia que existe entre lo que propiamente es “Poder Judicial” frente a la mera función jurisdiccional que ya existía en el modelo anterior. El legislador constituyente se preocupó por dotar a la jurisdicción con la nota de independencia, como valor último frente al resto de poderes del Estado, con el fin de que el Poder Judicial pudiera encarnar un bastión en la defensa de las libertades más fundamentales de los ciudadanos frente a cualquier tipo de abuso.

Una vez entendidas estas notas esenciales, la Prof.^a González Granda nos indica todo lo relativo a lo que propiamente es el principio de unidad jurisdiccional –el cual

no está relacionado directamente con el propio diseño del Estado de las Autonomías, como en no pocas ocasiones, se tiende a pensar—. Este principio establece que la organización judicial es única para todo el Estado –pues la jurisdicción es una potestad que emana de la soberanía popular y sólo existe una soberanía en un Estado no federal–, lo cual determina que haya un cuerpo único de jueces y magistrados que se encuentran congregados en los tribunales ordinarios. De este modo, vemos que el modelo actual se aleja del régimen autocrático anterior, en el cual proliferaban los tribunales especiales, siendo hoy las únicas excepciones las relativas a la jurisdicción militar y a los tribunales especiales permitidos por la CE.

En cuanto a la vertiente territorial, el **artículo 152.1.III CE** habla de la existencia de los TSJ, en los que culmina la organización judicial en el ámbito territorial de las CC. AA y, como indica la ponente, representan la plasmación de la unidad jurisdiccional en el modelo del Estado de las Autonomías, encontrándose por encima de estos el TS como órgano superior en todos los órdenes (**artículo 123.1 CE**).

La problemática en la materia, tal y como indica la ponente, se halla en la diferenciación entre lo que es la “Administración de Justicia” –siendo esta una competencia exclusiva del Estado en virtud del **artículo 149.1.5º CE**–, relativa a lo que se entiende como el “núcleo inaccesible” del Poder Judicial, y la “administración de la Administración de Justicia”, concepto creado por la STC 56/1990, de 29 de marzo, y que englobaría una serie de elementos que podrían ser competencia de las CC.AA. El mencionado concepto tiene su origen en las denominadas “cláusulas subrogatorias” que

introdujeron los estatutos de autonomía a comienzos de los años ochenta, antes de la promulgación de la LOPJ, en virtud de los cuales las CC.AA asumían competencias que la futura LOPJ atribuiría al Gobierno del Estado. A través de esta cláusula se acepta el deslinde entre dos ámbitos competenciales diferentes, siendo uno exclusivo del Estado.

Teniendo clara dicha diferenciación, chocan las pretensiones de numerosos estatutos de autonomía a lo largo de la primera década del milenio por querer asumir competencias exclusivas del Estado en materia de “Administración de Justicia”, siendo el caso más destacado el del Estatuto de Cataluña aprobado en el año 2006, que llegaba a crear un Poder Judicial paralelo. Como es lógico, se declaró inconstitucional mediante la STC 31/2010, de 28 de junio, la cual determina en su FJ 42 que “*una de las características definidoras del Estado autonómico, por contraste con el federal es que su diversidad funcional y orgánica no alcanza en ningún caso a la jurisdicción*” –aunque rompen con esta afirmación del TC los modelos de Austria y Bélgica–.

Tal y como señala la Prof.^a González Granda, de la mencionada sentencia se derivan una serie de efectos, siendo el más destacado, el crecimiento del independentismo catalán.

Desde mi modesta opinión, no cabe otra posibilidad que no sea la de concluir sin antes indicar que gracias, entre otras cosas, a la claridad, al dinamismo, a la precisión y al orden seguido por la Prof.^a González Granda en su exposición, esta ha resultado ser una ponencia muy didáctica y enriquecedora para el conjunto de los asistentes al curso.

Ministerio Fiscal o Fiscal del Ministerio

David Aláiz Martínez

*Alumno de segundo Curso del Grado en Derecho
Facultad de Derecho de León*

Según el artículo 124 de nuestra Constitución, el Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo del Poder Judicial.

Observemos detenidamente el párrafo donde dice quien propone al Fiscal General del Estado. En la realidad social que vivimos hoy, donde los populismos políticos de un color o de otro se están imponiendo en la sociedad, donde cada vez está más en duda la independencia judicial de los Tribunales ante la injerencia de los gobernantes, ¿podemos permitirnos un Ministerio Fiscal nombrado por el Gobierno?

No se nos puede olvidar que tal y como indica la Constitución, al Ministerio Fiscal entre una de sus muchas funciones le corresponde la de velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. Podemos observar en la última década que, depende del Gobierno que se encuentre en esos momentos a la cabeza del Ejecutivo, el Ministerio Fiscal solicita diferentes medidas judiciales dentro de un mismo proceso para los investigados en éste.

Pero como ejemplo más reciente podemos fijarnos en las declaraciones del Presidente del Gobierno en funciones en ese momento, realizadas el 6 de noviembre de 2019 a un medio de comunicación, al ser preguntado por el periodista por los trámites realizados en la solicitud de la orden europea de detención y entrega a las autoridades españolas, de una persona fugada de la

justicia y actualmente localizada en un país miembro de la Unión Europea; en ellas el entrevistado manifiesta en modo de pregunta al periodista y en referencia a la Fiscalía General del Estado, “es que... ¿la Fiscalía ¿de quien depende?... ¿de quién depende?”, a lo que el periodista afirma de manera dubitativa que, “sí, sí, del Gobierno”, para continuar el Presidente del Gobierno con la siguiente aserción, “pues ya está”.

Tales manifestaciones no hacían más que presagiar lo que posteriormente acabaría imponiéndose a la sociedad española, y no fue otra cosa que el nombramiento como Fiscal General del Estado de una persona que recientemente había sido Ministra de Justicia, perteneciendo al partido político que estaba al cargo del Poder Ejecutivo en nuestro país. Mas cuando el artículo 127 de la Constitución española expone que Jueces, Magistrados y Fiscales mientras se encuentren en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos.

Es en este punto en el que debemos hacernos la siguiente pregunta, ¿Ministerio Fiscal o Fiscal del Ministerio? Realmente deberíamos reflexionar sobre una reforma seria de la Constitución y de las leyes orgánicas que se desarrollan a la sombra de ella con el único fin de buscar una independencia real y efectiva del Poder Judicial, sin tener que depender de otros organismos que únicamente buscan su propio beneficio, independientemente del color de los mismos.

El estado de las Autonomías

Celia Aurora Alonso Digón

*Alumna de segundo curso del Grado en Derecho
Facultad de Derecho de León*

Vivimos tiempos convulsos: tiempos de mascarilla y distancia social, de una no fingida inseguridad y de un maltrecho periodo político. Habitamos una herida Roma y, día tras día, visionamos incrédulos unos juegos acaecidos en un Coliseo llamado Cortes Generales... Pero las Cámaras legislativas no son la única pieza de un particular puzzle como es el Estado de las Autonomías: Asambleas legislativas autonómicas, partidos políticos y criterios de oportunidad política, hacen el resto.

Nuestro Estado de las Autonomías fue construido sobre pilares como la cooperación, la coordinación o el auxilio recíproco. Sin embargo, recalcaré uno de ellos: la mutua lealtad, presumida de los sujetos intervinientes de la escena política estatal y regional y, particularmente, del ejecutivo nacional y los autonómicos. Como representantes ordinarios del Estado en sus respectivas Comunidades Autónomas, las y los Presidentes Autonómicos han de ver sometida su labor política a una permanente defensa de los principios que se derivan de la organización territorial... sin embargo, ¿está esto acaeciendo hoy en día?

En primer lugar, diré que no concibo una respuesta unívoca al respecto: los Convenios y Acuerdos de Cooperación, las Conferencias de Presidentes y Presidentas o las Comisiones Bilaterales, crean en mí un sentimiento de duda sobre si, tal y como se afirma, España está atravesando una crisis territorial.

No obstante, giro la moneda y solo hallo inseguridad jurídica, incertidumbre,

futurismo: especulaciones sobre qué ocurrirá el día de mañana... colaboración o confrontación, lealtad o disidencia, convergencia o divergencia.

A lo largo del periodo constitucional, las crisis territoriales han impactado sobre el Estado de las Autonomías. Y, si hay que destacar una grieta en el seno de nuestros pilares territoriales, esa será la independencia catalana. Si bien es cierto que ha habido momentos de tensa relación entre la Generalitat y el Gobierno central (remontémos a 2017 con la aplicación del tan criticado, o alabado en casos, **artículo 155** de la Constitución), el comienzo del presente año parecía traer, consigo, un ánimo de cooperación por ambas partes (a tal fin, no olvidemos la reunión bilateral entre ambos Presidentes, acaecida el 6 de febrero en el Palau de la Generalitat, o la celebración de la primera mesa de diálogo entre ambos Gobiernos, el 26 de febrero en el Palacio de la Moncloa). Ciertamente, no obstante, que la cuestión catalana no se enmarcaría dentro del arquetipo de las crisis territoriales, siendo una pendencia, a mi juicio, *sui generis*.

Con cierta cercanía en el tiempo, encontraremos la contienda acaecida entre el Gobierno de la Comunidad de Madrid y el Gobierno de España, en el mes de octubre. Si bien podría no ser considerada, por ciertas posturas conservadoras, como una crisis territorial, humildemente manifiesto que, en mi opinión, así lo fue.

Considero que cabría hacer una sutil diferencia: una cuestión es la voluntad de

una Comunidad Autónoma de regular, *per se*, las cuestiones atinentes a la crisis sanitaria causada por el Covid-19, afán plenamente legítimo... y, sin embargo, otro asunto es protagonizar una falta de lealtad hacia el Estado (compuesto, recordemos, no exclusivamente por el Gobierno central sino, al igual, por el resto de Comunidades Autónomas).

Cabría preguntarse, así pues, cuál es el origen del “hambre autonomista”, llevado al extremo, de ciertas Comunidades. A tal respecto, el Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías, advirtió de que “*la propia Constitución habría auspiciado*

la instauración de Comunidades Autónomas de primera y de segunda categoría, distinción sobre cuya base han podido organizarse luego los sentimientos de discriminación y apoyarse los intentos de llegar desde el primer impulso a la cota máxima o techo constitucional de la autonomía”... ¿estamos ante la fábula de la liebre y la tortuga?

Augurar un fin a la situación actual, no sería posible... Pero esperar un diálogo, del espectro político, podría ser el propósito que nuestra Carta Magna nos pediría llevar a cabo para el año que está por venir.

La Constitución en tiempos de pandemia. Los abusos de poder, hieren el espíritu democrático del país

Alfonso Díez Blanco

*Alumno de segundo curso del Grado en Derecho
Facultad de Derecho de León*

La Carta Magna del Estado español, no debería de ser jamás un documento politizado a intereses de unos y a intereses de otros, la constitución debería de ser, algo que todos los habitantes del país deberíamos respetar y celebrar como victoria, celebrar que el pasado ya son cenizas que pasan a la interminable línea del tiempo, este que pasa y pasa, y nunca deja indiferente a nadie, seas rojo o azul, de izquierdas o de derechas, monárquico o republicano, alto o bajo, rubio o moreno, español o inmigrante; el tiempo es igual para todo el mundo, y cuando pasa; por desgracia las cosas quedan en el olvido, o al menos una gran parte.

Esto, por desgracia es lo que ha pasado en este caso; el tiempo ha pasado y lo que hemos hecho, al contrario de quedarnos con

las cosas buenas que hemos ido logrando paso a paso, nos hemos quedado con lo malo; en vez de unirnos en fraternidad bajo el amparo de la Constitución, politizamos cada vez más el espíritu por el que esta fue concebida. O si no, quién imaginaba a Carrillo, Fraga, González, Suárez y varios políticos más estar sentados en una mesa dialogando y forjando pactos, en un tiempo muy cercano a la muerte del dictador Francisco Franco.

Desde nuestra perspectiva actual parece inimaginable, pensar que los líderes de las formaciones Verde y Morada se sienten a pactar y lleguen a algún tipo de acuerdo que no acabe llegando a las manos, y esto refleja en lo que se ha convertido la política actualmente. Un instrumento que necesita

un lavado de cara, y una transformación muy grande en este país, ya que la inmensa mayoría de políticas y políticos, tienen una falta de miras increíble; parece mentira, que hiciese falta que para que dos compatriotas se sentasen en una misma mesa muriese la persona que gobernaba e imponía ordenes desde hace 40 años; hoy en día para que eso ocurra parece que es necesario algo del mismo calibre, y lo único que sigue vigente desde hace 42 años, a día de hoy.

No, no son las cuentas del Rey emérito en Suiza y el resto de paraísos fiscales, bromas a parte, lo único que sigue vigente es nuestra Carta Magna, cada vez más débil, por culpa

de unos y por culpa de otros. La Constitución, se crea a finales de los buenos años 70 para la unificación y fraternización de todos los colectivos; algo que en la actualidad no se respeta; ni se comparte. Debido a la aparición de las redes sociales y los partidos populistas, que se retroalimentan con el odio del otro y viceversa esta brecha en la sociedad ahonda más en el espíritu constitucional, por lo tanto aquello que más incumbe en la carrera de un jurista, por eso el objetivo de las nuevas generaciones, además de su formación académica correspondiente, es **DEFENDER LA CONSTITUCIÓN.**

Método y normas de publicación de los artículos para los autores

Método de publicación de los artículos

El método de publicación de los artículos será el de proceso anónimo de revisión por pares, y se realizará de la siguiente forma:

A) Los artículos se remitirán por los autores al Director o Director Adjunto de la Revista Jurídica de la Universidad de León durante el plazo aprobado por el Consejo de Redacción, dejando el Director constancia de la fecha de recepción.

Los artículos podrán remitirse a una dirección de correo electrónico propia de la Revista Jurídica de la Universidad de León o a la de algún miembro del Consejo de Redacción, quien los transmitirá a la misma.

Igualmente pueden remitirse, a su dirección postal, en cuyo caso se adjuntará, junto al ejemplar impreso, una copia en formato electrónico, a la atención del Director de la Revista, Facultad de Derecho, Universidad de León, Campus de Vegazana s/n, 24071, LEÓN.

B) El Director o Director Adjunto lo remitirá en el plazo de 20 días hábiles desde su admisión por el Consejo de Redacción a dos evaluadores vinculados al Área de conocimiento sobre la que verse el contenido del artículo, siempre que previamente cumplan las condiciones descritas en este Reglamento para su publicación.

Ambos evaluadores, uno de los dos o ninguno, podrán ser miembros el Comité Científico/Evaluador de la Revista. Deberán emitir su informe en un plazo máximo de 30 días hábiles.

En caso de discrepancia en los informes, la Dirección podrá enviar el original a un tercer evaluador o someterlo a la consideración del Consejo de Redacción. Los evaluadores podrán condicionar su informe favorable para la publicación a la realización de modificaciones que mejoren, a su juicio, el trabajo evaluado.

C) La remisión será, en todos los casos y sin excepción, anónima para el evaluador, es decir, sin que el evaluador tenga acceso el nombre del autor, y se hará por cualquier medio de comunicación, en particular por correo electrónico. Para ello se evitará reenviar directamente por correo electrónico el artículo presentado por el autor, determinando un modo que impida reconocer la autoría del artículo.

D) Para ser publicado deberá ser aceptado por los dos evaluadores, quienes valorarán:

- a. Originalidad del contenido y/o conclusiones.
- b. Rigor investigador, esto es, manejo y justificación de las fuentes doctrinales, bibliográficas, jurisprudenciales y normativas en que se apoyen las argumentaciones y/o conclusiones expuestas, según sea el caso del contenido del artículo.

- E) La evaluación será anónima con indicación de:
- Originalidad del contenido y/o conclusiones: apto/no apto.
 - Rigor investigador: apto/no apto.
 - En el caso de que un artículo se considere no apto deberán exponerse sucintamente los motivos.
- F) El evaluador entregará una plantilla con una ficha a rellenar, con indicación de:
- Título del artículo.
 - Aptitud o no de la originalidad y rigor investigador del artículo.
 - Caso de no ser apto explicación sucinta de los motivos.
 - A estos efectos la plantilla de la ficha tendrá carácter uniforme para todos los artículos, se elaborará por el Director o Directores de la Revista y será aprobada por el Consejo de Redacción.
 - La ficha de evaluación podrá enviarse y recibirse por medios telemáticos tales como correo electrónico.
- G) El autor podrá tener acceso a la evaluación pero, en todos los casos y sin excepción, tendrá carácter anónimo para evitar disensiones entre los miembros de la comunidad científica e investigadora del Derecho. Para ello se evitará reenviar directamente por correo electrónico la valoración notificada por el evaluador, determinando un modo electrónico que impida reconocer la autoría de la evaluación.
- H) El Director tomará constancia de la fecha de aceptación del artículo y lo hará reflejar en la publicación del mismo.

Estructura de la Revista Jurídica de la Universidad de León

El objetivo de la Revista Jurídica de la Universidad de León es la publicación de artículos doctrinales de investigación jurídica, procurando la difusión tanto de autores de la Facultad de Derecho de la Universidad de León como de otras Facultades y Centros de dicha Universidad, así como de juristas españoles y extranjeros, quienes podrán publicar en su propio idioma siempre que hayan podido ser evaluados positivamente por los evaluadores de la Revista.

También podrán publicarse comentarios de sentencias, reseñas de libros y noticias de interés jurídico-académico, éstas últimas a criterio del Consejo de Redacción.

A estos efectos la estructura será la siguiente:

- A) Artículos Doctrinales:
- Autores de la Universidad de León.
 - Autores de otras Universidades nacionales o extranjeras
 - Un apartado especial para la conferencia pronunciada por el padrino de la promoción anual de la Facultad de Derecho el día de la festividad de San Raimundo de Peñafort.
- B) Comentarios de sentencias, ya sean de Tribunales Nacionales o Internacionales, y de Legislación.

C) Recensiones de libros, nacionales o extranjeros, y en especial los publicados por los miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.

D) En su caso, noticias de interés jurídico-académico.

E) Cualquier otro bloque temático que el Consejo de Redacción pueda considerar de interés para su inclusión en la Revista.

Constituye requisito indispensable para la publicación de artículos que los autores interesados en publicar en la Revista Jurídica de la Universidad de León respeten las normas de publicación expresadas en este Reglamento y que se incluirán al final de cada uno de los números que se editen.

Contenido de la publicación de los artículos doctrinales

Esta Revista entiende que los artículos presentados son originales y no han sido publicados con anterioridad o no están en proceso de publicación en otro lugar. Cada artículo constará de las siguientes indicaciones y se deberá ajustar a las siguientes especificaciones:

- Mecnografiado a espacio sencillo, por una sola cara y con márgenes superior, inferior, izquierdo y derecho de 3 cm.
- En el artículo deberá constar:
 - a. Título del artículo, en español y en inglés, o en el idioma original, español e inglés.
 - b. Autor.
 - c. Cualificación académico-profesional del autor e institución a la que se adscribe.
 - d. Dirección de correo electrónico del autor.
 - e. Resumen en el idioma original del artículo y Abstract del artículo en inglés. En caso de que el idioma original del artículo fuera distinto al castellano, el resumen se realizará también en este idioma.
 - f. Palabras clave en el idioma original del artículo y palabras clave en inglés.
 - g. Fecha de recepción y aceptación de originales tras su evaluación.
 - h. Índice de contenido.
 - i. Contenido.
 - j. Bibliografía citada.
- Las páginas se numerarán de forma consecutiva, correspondiendo la primera al título, autor/es del trabajo, dirección de contacto, resumen y palabras clave, tanto en español como en inglés.

El resumen deberá tener una extensión máxima de 200 palabras y se especificarán entre 3 y 10 palabras clave que proporcionen una idea rápida de su contenido y faciliten su informatización.

- A continuación, en la siguiente página, comenzará el texto del trabajo, con la inclusión de epígrafes, apartados o secciones numeradas consecutivamente, iniciándose en números romanos para los principales y posteriormente en arábigos y letras en el correspondiente orden alfabético.

- I.
- II.

- 1.
- 2.
- 2.1.
- 2.2.
- A)
- B)
- C)

Método de notas al pie y de bibliografía

Las notas se realizarán a pie de página y no en el texto o al final del trabajo. El sistema será el consuetudinario del ámbito jurídico, con indicación de:

- a. Autor en mayúsculas.
- b. Título del trabajo citado.
- c. Tipo de publicación:
 - c.1. Monografía: poniendo el título en cursiva sin comillas, seguido del número de edición si es posterior a la primera.
 - c.2. Artículo de revista: poniendo el título entre comillas, seguido del título de la revista a que pertenece, en cursiva este último.
 - c.3. Capítulo de libro: poniendo el título entre comillas, e indicando el libro al que pertenece en cursiva y el nombre del director/es y, en su caso, del coordinador/es.
 - c.4. Libro de una serie, indicando la colección a que pertenece, seguido del director y del número de edición si es posterior a la primera.
 - c.5. Capítulo de libro de una serie de libros, siguiendo las reglas del capítulo de libro.
- d. Número, volumen y año si es una revista.
- e. Traductor, si la obra es una traducción.
- f. Lugar de edición y editorial si es una monografía o capítulo de libro.
- g. Página/s que se citan.

Extensión de los artículos

La extensión de los artículos dependerá de la sección en la cual vaya a enmarcarse, incluidos todos los apartados anteriormente señalados: título, abstract, índice, contenido, citas y bibliografía.

En el caso de artículos doctrinales, la extensión podrá ser de entre 15 y 30 páginas.

En el caso de los comentarios de sentencias, la extensión oscilará entre 4 y 10 páginas.

En el caso de las reseñas la extensión máxima será de 3 páginas.

La extensión de los artículos y comentarios podrá ser objeto de variación en virtud de las consideraciones de los evaluadores y el Consejo de Redacción.

En el caso de las noticias, su extensión podrá ser variable, dependiendo de la decisión del Consejo de Redacción, que efectuará el análisis individual de cada una de ellas.

SITIO WEB DE LA REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

La Facultad de Derecho promoverá y procurará la creación de un espacio web desde el que difundir la Revista Jurídica de la Universidad de León, inclusive sus contenidos, cometido que se podrá encargar a difusores externos especializados en esta actividad.