NUEVOS HORIZONTES
del Derecho Constitucional

fundación
Manuel Giménez Abad
20 años
de Estudios Parlamentarios
y del Estado Autonómico

2022 Nº 2

NUEVOS HORIZONTES
del Derecho Constitucional

Nº 2 2022

Tesis defendidas en 2020

Quedan rigurosamente prohibidas, sin autorización escrita de los titulares del "Copyright", bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendiendo la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo público.

Dirección:
Daniel Fernández Cañueto
y Pablo Guerrero Vázquez

Edita:
Fundación Manuel Giménez Abad

Palacio de la Aljafería
Calle de los Diputados, s/n
50004 Zaragoza

Teléfono: 976 28 97 15
ISSN 2792-7873

Diseño gráfico:
Inés Bullich

fundación Manuel Giménez Abad 20 años
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

NUEVOS HORIZONTES
del Derecho Constitucional

Nº 2 2022

La revista Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional pretende dar a conocer anualmente las tesis doctorales ya defendidas en España.

La creación de la misma responde a dos anhelos principales. Por un lado, aspira a ser la herramienta que permita a quienes estén interesados en este ámbito de conocimiento disponer de forma resumida del contenido esencial de una parte sustancial de las tesis que se vayan defendiendo en España. Y, por el otro, pretende ser un altavoz a través del cual los nuevos doctores difundan las conclusiones e implicaciones teórico-prácticas de sus recientes investigaciones.

Asimismo, la singularidad de la temática quiere extenderse también a la forma de presentar los contenidos. Por ello, los autores han tenido que seguir una directriz, una recomendación y una solución de posibilidad para redactar los textos que aquí se ofrecen al lector.

La directriz es la ausencia casi total de notas a pie de página, pues como quiera que es posible acudir a las fuentes originales, se ha decidido apostar por un formato que permita una lectura lo más ágil posible.

La sugerencia es la de convertir la introducción en una suerte de resumen del entorno personal y sociopolítico que les llevó a iniciar su investigación científica. Texto y contexto son, a nuestro entender, elementos esenciales que nos permiten comprender mejor los matices de toda producción intelectual.

Y la solución de posibilidad reside en que, excepcionalmente, los autores pueden incluir aquellas partes de la investigación doctoral que versen sobre el mismo objeto de estudio y no hayan sido incorporadas en la tesis pero que hayan sido publicadas. Aunque casi siempre tesis doctoral e investigación doctoral son términos equivalentes, puede no ser así, de manera que creemos pertinente adoptar una cierta laxitud con el objetivo de que el resumen permita el mejor entendimiento posible del objeto de estudio analizado y de las conclusiones a las que dicho nuevo doctor ha llegado.

No quisiéramos dejar pasar la oportunidad de manifestar nuestro agradecimiento a los comentaristas y miembros del comité científico del Seminario Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional. Sin su inmensa generosidad, ninguna de las ediciones hubiera sido posible, así como tampoco el nacimiento de la presente revista.

Por último, nos gustaría cerrar estas breves líneas con un sentido reconocimiento. La Fundación Manuel Giménez Abad nació por la barbarie de ETA, pero no lo hizo para luchar directamente contra el terrorismo sino con el objetivo de preservar y mejorar nuestra democracia parlamentaria que éste quería derrotar. Gracias a las versadas manos de su actual Secretario General, José Tudela Aranda, la Fundación es hoy uno de los mayores y más dinámicos polos de atracción de conocimiento, debate sosegado, difusión de saberes y apoyo a modestos proyectos como el Seminario y esta Revista.

fundación Manuel Giménez Abad 20 años
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

Dirección
Daniel Fernández Cañueto
Pablo Guerrero Vázquez

NUEVOS HORIZONTES
del Derecho Constitucional

Nº 2 2022

ÍNDICE

La democracia en las Comunidades Autónomas: principales aspectos problemáticos y propuestas de mejora (2020)
Andrés Iván Dueñas Castrillo 5

Los sistemas electorales ante los tribunales (2020)
Carlos Fernández Esquer 19

¿Le está prohibido al legislador reintroducir en el ordenamiento jurídico normas declaradas inconstitucionales?: Ámbito y problemática de la respuesta del legislador en España (2020)
Francisco Ortega Candela 43

Permiso por nacimiento y cuidado del menor: La incorporación de los hombres a los cuidados a través del permiso de paternidad (2020)
Isabel Esbrí Navarro 66

Constitución y secreto de las comunicaciones: desafíos tecnológicos para el derecho fundamental (2020)
Juan Ocón García 86

La mayor protección de los derechos humanos (2020)
Pablo Sánchez-Molina 105

Constitución e inmunidad (2020)
Patricia García Majado 124

Las sentencias piloto: un instrumento eficaz para la reforma de las cárceles europeas (2020)
Sara Turturro Pérez de los Cobos 142

fundación Manuel Giménez Abad
20 años
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

La democracia en las Comunidades Autónomas: principales aspectos problemáticos y propuestas de mejora

Andrés Iván Dueñas Castrillo

Doctor por la Universidad de Valladolid

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico 20 años

SUMARIO:

I. Introducción
II. Síntesis de la tesis
III. Conclusiones

NOTA BIOGRÁFICA:

Andrés Dueñas es graduado en Derecho por la Universidad de Valladolid en 2015, máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en 2016, especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución por la Universidad de Castilla-La Mancha en 2017 y doctor en Derecho con mención Doctorado Internacional, sobresaliente cum laude y premio extraordinario por la Universidad de Valladolid en 2020. Actualmente es profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid. Ha realizado estancias de investigación en la Università degli Studi di Torino y en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Entre sus méritos, cabe destacar el XI Premio "Manuel Giménez Abad" para trabajos de investigación sobre el Parlamento por el trabajo "Las Comunidades Autónomas como laboratorios de democracia: participación de los ciudadanos y relaciones entre poderes". Ha participado en más de una veintena de congresos nacionales e internacionales y cuenta con numerosas publicaciones en forma de monografía, artículo de revista, capítulo de libro y dirección de obras colectivas. Además, ha participado como profesor invitado en instituciones extranjeras, como la Università degli Studi Federico II, la Università di Bologna y la Universitá di Verona en Italia; o la Universidad del Magdalena en Colombia.

I. INTRODUCCIÓN

En septiembre de 2011 comencé mis estudios en el Grado en Derecho de la Universidad de Valladolid. Unos pocos meses antes España había vivido sus mayores movilizaciones sociales desde la Transición, protagonizadas por el Movimiento 15-M, y en agosto de ese mismo año se había reformado el art. 135 CE, usando el procedimiento de urgencia, sin apenas tiempo para el debate y aprovechando el período estivo, justo cuando los ciudadanos están menos conectados con la actualidad política. La Carta Magna se modificó de manera veloz e incorporando una cláusula de estabilidad presupuestaria que fue interpretada por quienes nos movilizamos en mayo de ese año como un fuerte rechazo a las propuestas que habíamos debatido en las plazas, cuando además el relato era que casi era imposible reformar nuestra Ley de Leyes.

Hace más de diez años ya era una persona movilizada políticamente, que había participado de manera activa en estas y otras movilizaciones. El 15-M coincidió cuando estaba estudiando la prueba de acceso a la universidad y no tuve dudas de que mi primera opción iba a ser cursar Derecho.

Toda mi época de Grado (2011-2015) coincidió con una legislatura en la que, a pesar de que fuera el último Gobierno estatal con mayoría absoluta hasta ahora, los coletazos de las reivindicaciones del 15-M seguían vivos. Fue la época de las Mareas, de la última huelga general que ha vivido nuestro país o de las fuertes movilizaciones del sector educativo, que también protagonizó sus propias huelgas sectoriales.

Para una persona que ya estaba vinculada con la política desde una temprana edad como yo, no es de extrañar que la asignatura que más le gustara en la carrera fuera Derecho Constitucional. A ello ayudó que el profesor que la impartía, Fernando Rey, incentivara los debates en clase y diera lugar a comentar cómo afectaban los temas de actualidad en la asignatura. Fue él la primera persona que me inyectó mi interés en la materia.

A medida que fui avanzando en mis estudios, cada vez tuve más claro que quería ser profesor universitario e investigar sobre posibles propuestas que mejoraran la democracia representativa, que sufría –y sufre- una fuerte crisis. Por eso decidí solicitar una beca de colaboración en mi último año de grado, gracias a la cual pude invertir más tiempo en mi primer trabajo de investigación: el Trabajo Final de Grado, que lo hice sobre una institución poco conocida en España, el revocatorio del mandato como instrumento de participación en los asuntos públicos. El apoyo de mi tutor, el profesor Ortega Santiago, en esta labor confirmó mi vocación en la tarea investigadora, por lo que no dudé que debía continuar con ella una vez finalizara mis estudios de grado.

Así fue cómo me inscribí en el Máster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Recuerdo el curso 2015-16 como uno en los que más me he formado académica y personalmente. Es de sobra conocido por todos que 2015 inauguró el actual multipartidismo y fue la primera vez tras la aprobación de la Constitución de 1978 en la que hubo una repetición electoral en aplicación del art. 99 CE, al no lograr ningún candidato a la Presidencia del Gobierno el apoyo del Congreso de los Diputados.

Todo ello lo viví en un ambiente inmejorable: cursando el máster del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, al lado del Senado, y a apenas unos minutos del Congreso de los Diputados. Ello lo compatibilizaba con mi primer trabajo, asesor parlamentario en las Cortes de Castilla y León, e impartiendo clase de Derecho Constitucional como profesor asociado en el campus de Segovia de la UVa. Era normal que sintiera cercano el aire de cambio cada vez que paseaba por las calles de Madrid antes de entrar al aula del CEPC.

Debido a ello decidí continuar en mi Trabajo Final de Máster con la labor investigadora iniciada el curso anterior en el grado y afinar un poco más el objeto de investigación: si era posible o no introducir el revocatorio de mandato en los ayuntamientos españoles. La profesora Gómez Lugo, mi tutora, me guió adecuadamente en lo que pensaba que podía ser el embrión de mi futura tesis doctoral.

Fue mi directora de tesis, la profesora Biglino Campos, quien me instó a investigar algo más amplio: la democracia y la forma de gobierno en las Comunidades Autónomas. Recuerdo perfectamente la primera vez que acudí al tradicional curso sobre el Estado Autonómico en Miraflores de la Sierra, dirigido por el profesor Solozábal Echavarría, y a los seminarios de la Universidad Autónoma de Madrid, encabezados por el profesor Aragón Reyes. Allí la profesora Biglino Campos me presentó a otras personas expertas en la materia, como el profesor Tudela Aranda, con quienes tuve la oportunidad de comentar esta idea de investigación y me animaron a que ese fuera el tema de mi doctorado.

De esta manera comencé mi tesis, cuyo título inicial, *Buen gobierno y ciudadanía en las Comunidades Autónomas*, dista mucho del que fue finalmente, *Las Comunidades Autónomas como laboratorios de democracia: participación de los ciudadanos y relaciones entre poderes*. Tuve la oportunidad de dedicarme a tiempo completo en esta tarea desde el segundo año de mi doctorado, momento en el cual logré un contrato predoctoral de la Junta de Castilla y León, y de profundizar en estos temas gracias a los dos proyectos de investigación en los que estuve en este tiempo, *Crisis de la representación y reforma de los partidos políticos* y *España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos*, el primero de ellos dirigido por la propia profesora Biglino Campos y el profesor Matia Portilla y el segundo también por el profesor Matia Portilla; y también gracias a las dos estancias de investigación que realicé durante mi formación doctoral, en la Università degli Studi di Torino, con la profesora Mastromarino, y en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, junto a la profesora Mora Donatto.

Los resultados de la investigación tuvieron la suerte de lograr el XI Premio "Manuel Giménez Abad" para trabajos de investigación sobre el Parlamento y que, de esta forma, pudieran ser editados en forma de libro por la Fundación Manuel Giménez Abad, con el mismo título de la tesis, que he citado en el párrafo anterior. Espero que la lectura de este artículo provoque curiosidad en el lector y acuda a esta publicación para subsanar sus inquietudes.

II. SÍNTESIS DE LA TESIS

Lo primero que es necesario hacer en cualquier trabajo de investigación es acatar su objeto. En mi tesis analizo los principales aspectos problemáticos de la

democracia en las Comunidades Autónomas y observo cómo han incidido en ellos las últimas propuestas y medidas aprobadas por los Parlamentos autonómicos. Todo ello se hace dentro del contexto de que existe una profunda crisis de la representación y de los partidos políticos y que, debido al escenario multipartidista surgido desde 2015, nuestros entes regionales han probado nuevas fórmulas que los pueden convertir en una especie de laboratorios de democracia.

Como no podía ser de otra manera, el planteamiento utilizado para abordar el trabajo es eminentemente jurídico y sigue una estructura clásica de tesis doctoral, dividida en una introducción, un cuerpo de capítulos –que resumiré a continuación- y unas conclusiones finales.

El trabajo consta de tres capítulos. El primero de ellos, "La compleja articulación entre democracia y Comunidades Autónomas", analiza el marco teórico. En él apunto que la descentralización territorial del poder, desde su inicio en los primeros Estados federales, tuvo siempre como uno de sus objetivos la profundización de la democracia, además de la integración territorial. En *El Federalista* Hamilton y Madison sostuvieron que el federalismo debía ser entendido como un freno y contrapeso más al poder de la Federación y que los Estados miembros funcionan como un freno del Ejecutivo federal, además de ser una garantía para las minorías. Por eso, desde ese momento, el federalismo –o cualquier tipo de distribución territorial del poder, como el regionalismo- se ha considerado como una buena solución para la rendición de cuentas y el control de los gobernantes.

En cualquier caso, las corrientes ideológicas en Europa entre la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX prestaron más atención a la finalidad nacional que a la democrática en lo referido a la descentralización territorial del Estado. Pero en la primera mitad del siglo XX hubo varios países que tuvieron en cuenta el objetivo democrático cuando organizaron su territorio de una forma no centralista. En este capítulo se analizan los casos del Estado Integral de la II República y el Estado Regional italiano. Decidí elegir ambos al ser los dos supuestos que más influencia tuvieron en los debates constituyentes de la Constitución de 1978 y con los que el Estado Autonómico guarda más relación.

La decisión de los constituyentes de la II República de que España fuera un Estado Integral, con descentralización política para las Regiones, estuvo muy influenciada por motivos de integración territorial (son de sobra conocidos los problemas que Cataluña causó para los Gobiernos republicanos). Pero no es menos cierto que este modelo se eligió para diferenciarse de etapas anteriores y, concretamente, de los regímenes autoritarios precedentes, como el de Primo de Rivera, que siempre habían optado por un Estado centralista. De hecho, si analizamos cuáles han sido los tres momentos de mayor avance democrático en España –las dos Repúblicas y la Constitución de 1978-, siempre han venido acompañados de una propuesta de descentralización territorial del poder, por lo que se puede concluir que la división vertical del poder en nuestro país se concibe como sinónimo de mayor democracia.

En el Estado Regional italiano el objetivo democrático en la descentralización territorial del poder estuvo muy presente en sus debates constituyentes. Es más, se entendió como una liberación del fascismo, hasta tal punto de que, desde un primer momento, los Comités de Liberación Nacional que luchaban contra la dictadura se constituyeron como Comités Regionales. Es conocido que el principal responsable de que Italia decidiera que debía ser un Estado Regional, con poder legislativo propio para las Regiones, fue Ambrosini, que estuvo fuertemente influenciado por el Estado Integral republicano. Para él, esta opción permitía convertir un Estado centralizado en un ordenamiento articulado en territorios autónomos, como sucedió luego con la promulgación de la Constitución española de 1978.

Como decía un poco más arriba, han sido estos dos modelos los que más influencia han ejercido sobre nuestro Estado Autonómico. Aunque, de nuevo, la fuerza de los hechos nacionales fue muy importante para decidir que España debía abrir la posibilidad a las nacionalidades y regiones de que se constituyeran en territorios autónomos, también estuvo detrás de ello la idea de democracia, poder limitado y aproximación de la toma de decisiones a los ciudadanos. No hay que olvidar que España provenía de un contexto autoritario, centralista (como sucedió con la II República e Italia) y que era necesario crear nuevas formas de poder más cercanas al ciudadano, entendidas como nuevos espacios de participación política.

Para cerrar este primer capítulo de la tesis, se comentan las principales preguntas de investigación que se abordan en las siguientes páginas. En primer lugar, qué propuestas han realizado las Comunidades Autónomas en materia de participación en sus dos vertientes, a través de representantes y de manera directa (capítulo dos); y, por otro lado, cómo ha afectado a su forma de gobierno el escenario político surgido en 2015 y qué consecuencias para la democracia autonómica ha tenido la entrada de nuevos actores partidistas en sus Parlamentos (capítulo tres). La pandemia justo se inició cuando la tesis estaba a punto de ser finalizada, por lo que se hizo alguna breve referencia a ella, pero los problemas constitucionales que ocasionó en la democracia de las Comunidades Autónomas no pudieron ser analizados en profundidad. He tenido ocasión de desarrollar alguno de ellos luego, en la monografía editada por la Fundación Manuel Giménez Abad, como el aplazamiento de las elecciones autonómicas previstas para el País Vasco y Galicia o la falta de control político de las medidas adoptadas por los Ejecutivos autonómicos.

******

En el capítulo segundo, como se acaba de indicar, se analizan las formas de participación de los ciudadanos en las Comunidades Autónomas. Comienza haciendo referencia a los sistemas electorales autonómicos. Se parte de la base de que los de todas las Comunidades Autónomas tienen gran similitud con el del Congreso de los Diputados, lo que ha traído una fuerte homogeneidad entre ellos. Pero, de manera general, ha habido dos modelos diferentes de regularlos en el ámbito

autonómico: el detallista y el genérico. El primero de ellos sería aquel que regula de forma precisa el régimen electoral en el Estatuto de Autonomía, mientras que el segundo establece en la norma institucional básica de la Comunidad tan sólo los aspectos esenciales del sistema electoral y deja para un desarrollo legislativo posterior los aspectos más concretos. En cualquier caso, la doctrina está de acuerdo en apuntar que los Estatutos de Autonomía contienen importantes normas que afectan al sistema electoral, hasta tal punto de que se pueden calificar como códigos electorales autonómicos.

A pesar de esta gran homogeneidad, las Comunidades Autónomas tienen un cierto margen de maniobra para introducir cambios que diferencien sus reglas electorales. Por la naturaleza de este artículo, no se puede desarrollar ahora con detalle cómo se han distribuido las competencias en materia electoral el Estado y los entes autonómicos, pero sí indicar que el legislador autonómico puede entrar a normar aspectos tan relevantes como la fórmula electoral proporcional, la circunscripción o el sistema de listas, entre otros.

Por eso mismo, algunas Comunidades Autónomas, para hacer frente a la crisis de la representación –o, si se prefiere, de la representatividad- han debatido sobre la conveniencia de llevar a cabo cambios en algunos de los puntos que se acaban de señalar. Probablemente, las dos reformas electorales más importantes que se han llevado a cabo en los últimos años en las Comunidades Autónomas han sido las de Murcia y Canarias. En la primera se ha pasado a una circunscripción única, lo que ha mejorado la proporcionalidad del sistema; mientras que en la segunda se han combinado las circunscripciones insulares con una nueva circunscripción autonómica. Esta es la primera vez que se realiza algo de este género en España. El sistema electoral canario era el más desproporcional de todo el Estado y con este cambio, en síntesis, se ha logrado mezclar la necesaria representación de las islas con una circunscripción más amplia que permite corregir sus desigualdades.

No se ha modificado, pero sí ha habido propuestas y debates en algún Parlamento autonómico, el sistema de listas cerradas y bloqueadas. De este modelo se ha dicho que es uno de los factores del elevado protagonismo que tienen los partidos políticos en nuestro sistema electoral, hasta tal punto de que podría decirse que son ellos quienes eligen a nuestros representantes y el electorado se limita a refrendarlos.

Para mejorar la relación entre ciudadanos y representantes se ha propuesto en alguna Comunidad Autónoma abrir o desbloquear las listas. Esto se ha llegado a debatir, en algunos casos con un desarrollo mayor, en Asturias, La Rioja, Comunidad Valenciana o Cataluña. No hay dudas de que unas listas desbloqueadas o abiertas darían un mayor protagonismo a los ciudadanos, pero ello podría incidir en la cohesión y unidad de los partidos o generar problemas de gobernabilidad. En definitiva, este es un debate que no está cerrado, pero que al menos está teniendo lugar en el ámbito autonómico, mientras que en el estatal aún no se ha llegado a discutir nada así.

Otra manera de mejorar la representatividad de un sistema electoral es perfeccionar su proporcionalidad a través de un cambio en la fórmula de asignación de escaños. En el plano estatal, muchos atribuyen que la tendencia mayoritaria del sistema electoral del Congreso de los Diputados es debido a la denostada Ley D'Hondt, pero ello no es así, sino que se debe principalmente a que la mayoría de circunscripciones son pequeñas. Y, debido a ello, un cambio en la fórmula apenas variaría los resultados. Pero esto no ocurre en el ámbito autonómico. Casi todas sus circunscripciones tienen un tamaño mediano o grande. Pero las Comunidades eligieron la fórmula más mayoritaria de entre las proporcionalidades, la D'Hondt, para corregir los posibles excesos de una elevada fragmentación parlamentaria. Por eso en algunos lugares, como Castilla y León, se ha propuesto introducir la fórmula electoral Hare, de manera que el porcentaje de escaños que le correspondería a cada partido se asemejaría mucho más al porcentaje de votos que recibe. De nuevo, esta propuesta no fue exitosa, pero otra vez ha tenido lugar un debate que aún no ha llegado a las Cortes Generales.

Otro de los aspectos que se han estudiado en este capítulo han sido las propuestas para mejorar la democracia interna de los partidos políticos en las Comunidades Autónomas. Son frecuentes las críticas a este tipo de asociaciones por su falta de democracia interna, cuando es un requisito que se les exige en el artículo 6 CE. Por eso se han realizado propuestas para realizar primarias que designen al candidato a la Presidencia de la Comunidad (Castilla y León) o a los cabezas de lista de las circunscripciones (Asturias), como forma de mejorar la crisis que les afecta. Sin embargo, no está claro que esto favorezca, precisamente, su democracia interna, sino más bien todo lo contrario. Se ha corroborado que este tipo de selección de dirigentes ha favorecido, más si cabe, el caudillismo en los partidos, ya que el líder se siente ratificado por los militantes y con un poder casi omnímodo sobre la organización, sacrificando la representación de las minorías en los órganos de dirección y, por tanto, los frenos y contrapesos internos. Algo así también podría suceder en el caso de las primarias para nominar a candidatos electorales. Además, normalmente han ido en el sentido de elegir de esta forma al candidato a la Presidencia de la Comunidad, lo que podría incidir en la forma de gobierno parlamentaria de las Comunidades, ya que este tipo de procesos son más propios de sistemas presidencialistas.

Como decía más arriba, en este capítulo también se ha estudiado la participación de los ciudadanos a través de los instrumentos que se podrían denominar como clásicos de la democracia directa y participativa: la iniciativa legislativa popular y las consultas populares. Al igual que sucedió con el constituyente estatal, los primeros Estatutos de Autonomía regularon de una manera residual estos mecanismos. Pero en los últimos años se han introducido variantes que mejoran su normación y facilitan la participación de los ciudadanos.

Comenzando por las iniciativas legislativas populares, de manera general el número de firmas del electorado que se precisa para su presentación en el ámbito autonómico es más bajo que en el estatal. Y algunas Comunidades, como Castilla

y León, lo ha reducido en la pasada legislatura (en este caso particular, del 1% al 0,75% del censo electoral). Pero quizás lo más novedoso es que algunas leyes autonómicas y reglamentos parlamentarios permiten que la comisión promotora defienda la iniciativa en sede parlamentaria (lo que ocurre en Galicia, Castilla y León o Cataluña). Esto facilita que la proposición no pierda el espíritu con el que fue presentada o, dicho de otra manera, no se desenganche de sus proponentes. Incluso en algún lugar (Parlamento de Cataluña y Cortes de Aragón) se prevé un derecho de solicitud de retirada por parte de la comisión promotora si interpreta que se está desvirtuando la iniciativa que registraron. Además, Cataluña ha facilitado que puedan ser firmantes de una ILP los menores de edad mayores de 16 años y los extranjeros comunitarios, de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza. Todas estas son regulaciones novedosas que, desde luego, pueden fomentar la participación ciudadana a través de este instrumento.

En relación con las consultas populares, se ha analizado el debate doctrinal y jurisprudencial acerca de si las Comunidades Autónomas pueden o no regular por sí mismas las consultas referendarias. Es imposible reproducir aquí tal discusión, por lo que remito al lector al libro de la tesis si tiene interés en esta cuestión. Sí que se puede indicar, en síntesis, que el Tribunal Constitucional ha atribuido a la Ley Orgánica de Diversas Modalidades de Referéndum el cuasi monopolio de la regulación referendaria, aunque ha reconocido que las Comunidades Autónomas pueden tener algún tipo de intervención para complementar los preceptos normativos estatales. Además, algunos Estatutos de Autonomía han creado nuevos tipos de referéndum sin que lo haya previsto la Ley Orgánica, lo que resulta un tanto contradictorio. Todo esto no es aplicable para las consultas populares no referendarias, dado que este tipo de participación no se encuentra contenida en el artículo 23 CE. Por ello, varias Comunidades Autónomas, como Andalucía o Cataluña, han regulado por vía legislativa tal método participativo.

El último epígrafe de este capítulo se dedica a si es posible introducir el revocatorio de mandato en las Comunidades Autónomas. El referéndum revocatorio de mandato es una institución mediante la cual, a través de la iniciativa popular, se puede remover por medio de un referéndum a un representante público por los motivos establecidos en el ordenamiento jurídico. Está presente principalmente en países que tienen una forma de gobierno presidencialista, como sucede en numerosos Estados estadounidenses para sus gobernadores o en varios países latinoamericanos para los Presidentes u otros representantes.

En las Comunidades Autónomas no se ha llegado a proponer algo como lo descrito anteriormente, sino que sus Parlamentos pudieran revocar el mandato de los senadores designados por ellos. Ha habido iniciativas en este sentido en La Rioja, Castilla y León y Valencia, donde se llegó a aprobar por la Ley 10/2016, declarada inconstitucional más más adelante por la STC 123/2017. Entiende el Tribunal Constitucional que la Ley establecía una relación fiduciaria entre la Asamblea Legislativa y los senadores designados por ella, algo incompatible con la prohibición de mandato imperativo proclamada en el artículo 67.2 CE y con el

derecho a ejercer el cargo sin constricciones ilegítimas contenido en el artículo 23.2 CE. Pero, más allá de esta cuestión puntual, en el trabajo planteo que las Comunidades Autónomas, dentro del principio dispositivo que preside el Estado Autonómico, podrían haber regulado en sus Estatutos de Autonomía un modelo de representación en el cual no estuviera prohibido el mandato imperativo o, estándolo, hubieran introducido el revocatorio de mandato como una forma de fiscalización a los representantes. Pero, en cualquier caso, una regulación de estas características sería muy compleja de articular si tenemos en cuenta que la forma de gobierno autonómica es parlamentaria y, además, su sistema electoral es proporcional.

****

El tercero y último de los capítulos versa sobre las relaciones entre poderes en las Comunidades Autónomas. Comienza refiriéndose al cierre de su modelo institucional por el Tribunal Constitucional. El artículo 152.1 CE propuso un determinado modelo para aquellas Comunidades que accedieran a la autonomía a través de la denominada vía rápida, consistente en una Asamblea Legislativa elegida por sufragio universal y un Consejo de Gobierno y un Presidente elegido por la Asamblea y responsables políticamente ante ella. Es decir, una forma parlamentaria de gobierno. Para el resto jugaría un importante papel el principio dispositivo. Los Pactos Autonómicos entre la UCD y el PSOE de 1981 acordaron que todas las Comunidades Autónomas debían contar con poder legislativo propio, por lo que se generalizó este modelo para aquellas que accedieron a su autonomía a través de la vía lenta.

Aunque el art. 152.1 CE tan sólo se refería a un tipo de Comunidades Autónomas, posteriormente la STC 225/1998 estableció dicho precepto como canon de constitucionalidad para todas, lo que ha supuesto el cierre del principio dispositivo en este ámbito. Algunos autores han afirmado que pronunciamientos más recientes, como la STC 247/2007, parecen discutir esta jurisprudencia, ya que el Tribunal Constitucional ha afirmado expresamente que "el entramado institucional previsto en el art. 152.1 CE estaba previsto *sólo en principio* para las Comunidades Autónomas de la vía del art.151 CE". El Alto Tribunal también ha afirmado en la STC 89/2019 que la aplicación del art. 155 CE permite una "alteración temporal del funcionamiento del sistema institucional autonómico", el cual, de igual manera, se ha visto alterado durante el primer estado de alarma por COVID-19.

La forma de gobierno resultante es una forma de gobierno parlamentaria, con tintes presidencialistas. Hasta tal punto lo anterior es tal que algunos autores la han calificado como semipresidencialista, debido a la preeminente posición del Presidente autonómico, que además de ser líder del Ejecutivo es una especie de Jefe de Estado de la Comunidad, ya que asume la condición de máximo representante de la misma.

A pesar del elevado mimetismo en la forma de gobierno de las Comunidades Autónomas, existen peculiaridades entre ellas que han sido reseñadas en la tesis. En primer lugar, en la investidura del Presidente. La mayoría tomó como referencia el art. 99 CE, pero no todas lo han regulado de la misma manera, debido, entre otros motivos, a la falta de una figura como el Rey, proponente en el ámbito estatal del candidato a la Presidencia.

Primariamente, Navarra, Andalucía y Castilla-La Mancha dispusieron que si cualquiera de los candidatos a la Presidencia de la Comunidad no obtuviera la mayoría necesaria para convertirse en Presidente en el plazo de dos meses, lo fuera el candidato del partido que tuviera mayor número de escaños. El Tribunal Constitucional declaró acorde a la Carta Magna esta regulación en la STC 16/1984. Actualmente, sólo sigue vigente en Castilla-La Mancha, pero son varias las voces que han puesto como ejemplo para el ámbito estatal una solución de estas características para evitar una repetición electoral. Este es un sistema que encuentra ciertas similitudes con el parlamentarismo negativo, propio de las monarquías parlamentarias del norte europeo, en las que el Primer Ministro no ha de someterse a una votación de investidura, sino que la relación fiduciaria con el Parlamento es *iuris tantum* desde el inicio de su mandato.

Por otro lado, la mayoría de Comunidades han dispuesto que sea el Presidente de su Parlamento quien designe al candidato a la Presidencia de la Comunidad. Pero hay cuatro que no lo regulan de esta manera. La Comunidad Valenciana y el País Vasco confieren esta potestad a los Grupos Parlamentarios y Extremadura y Asturias a los diputados individualmente considerados. La iniciativa de propuesta en estos lugares, por tanto, está en manos diferentes del Presidente de la Asamblea. Además, en País Vasco y Asturias la votación de investidura es nominal, lo que asegura que sea investido uno de los candidatos propuestos, excepto en caso de empate. Todas estas son soluciones que pueden evitar la imposibilidad de nombrar Presidente.

Otra diferencia que encontramos en el proceso de investidura autonómico respecto del estatal es el plazo obligatorio, en primer lugar, para realizar la propuesta de candidato y, en segundo lugar, para que el Presidente de la Cámara convoque la sesión de investidura. Nada semejante se encuentra en la regulación constitucional ni reglamentaria para el Presidente del Gobierno. De esta manera se evitan situaciones de enconamiento institucional o de un largo período de Gobierno en funciones, ya que se aceleran los procesos y se obliga a la toma de acuerdos.

Una última diferencia la encontramos en la relación fiduciaria entre los miembros del Gobierno con el Parlamento. Es el caso del País Vasco, la única Comunidad Autónoma que prevé la moción de censura individual al Vicepresidente y a los Consejeros. Este mecanismo puede suponer un buen instrumento para hacer eficaz la responsabilidad política del Gobierno sin necesidad de acudir a la moción de censura constructiva al Presidente, pero también es cierto que un uso abusivo de esta figura podría perjudicar la estabilidad del Ejecutivo.

Uno de los cambios más importantes que ha sentido desde 2015 la democracia autonómica en particular, y la española en general, es la fragmentación parlamentaria. La forma de gobierno autonómica ha estado caracterizada por una gran debilidad del Parlamento y, en relación con ello, una escasa capacidad de control político de la oposición. Sin embargo, con el escenario político que surgió en aquel año, confirmado luego por las sucesivas elecciones autonómicas, hace preguntarnos si las Asambleas Legislativas están recobrando parte del protagonismo perdido. En un primer momento se podría dar una respuesta afirmativa, si se tiene en cuenta que durante estos años no se habían presentado en el ámbito autonómico tantas mociones de censura como hasta ahora –aunque ninguna exitosa-, aunque, asimismo, los Presidentes han hecho uso de sus potestades y en algunos lugares han disuelto el Parlamento para convocar elecciones anticipadas, como Madrid o, más recientemente, Castilla y León y Andalucía.

Es un hecho que actualmente los Gobiernos necesitan del apoyo del Parlamento para llevar a cabo su programa político. Estamos en el momento de los Gobiernos de coalición, los cuales, incluso, en algún caso ni siquiera cuentan con mayoría absoluta en la Cámara. Los Gobiernos monocolores con mayorías absolutas han pasado a ser la excepción que confirma la regla. Desde este punto de vista, no cabe duda de que los acuerdos son más importantes que nunca y que las minorías parlamentarias pueden hacerse más fuertes en sus posturas si el Gobierno necesita de su ayuda para sacar adelante determinadas iniciativas. Pero, aunque esto sea cierto, no lo es menos que durante este tiempo también hemos sido testigos de episodios de abusos de la mayoría sobre la minoría, como el que tuvo lugar en septiembre de 2017 en el Parlamento catalán cuando se debatían las Leyes de Referéndum y Transitoriedad Jurídica; y tampoco lo es que los Presidentes autonómicos siguen dominando la arena institucional autonómica y a él están subordinados el Gobierno, su partido y el grupo parlamentario mayoritario. Esto se ha visto agravado por la pandemia por COVID-19. Las medidas de los Ejecutivos autonómicos, especialmente en el segundo estado de alarma, apenas han podido ser fiscalizadas por las Asambleas ante las que son responsables.

A pesar de lo anterior, el parlamentarismo autonómico ha supuesto un interesante escenario de pruebas durante los últimos años, y se han aprobado reformas de los reglamentos parlamentarios –que en algunos lugares ya estaban presentes- que facilitan el control al Gobierno por la oposición y también la participación ciudadana y, por tanto, la fiscalización popular de la labor del Ejecutivo.

Varios Parlamentos autonómicos han puesto en manos de la minoría determinados instrumentos de control. Es el caso, entre otros, de las propuestas de comparecencia en sede parlamentaria o de las comisiones de investigación. En Comunidades como Castilla y León o Cataluña existen interesantes regulaciones que facilitan a la oposición la posibilidad de crear este tipo de comisiones.

Sobre otro tipo de instrumentos de control, como las propuestas de *indirizzo* político (v. gr.: proposiciones no de ley) se han aprobado medidas que mejoran

la fiscalización de aquellas que han sido aprobadas. Es el caso de las Cortes de Aragón, donde se ha regulado un procedimiento de control del cumplimiento por parte del Gobierno de aquellas resoluciones aprobadas que contenían mandatos al Ejecutivo.

Por último, también se han reformado los reglamentos parlamentarios para garantizar que en los órganos de gobierno de las Cámaras esté representada esa mayor pluralidad existente en los Parlamentos autonómicos. Así ha sucedido en las Cortes de Castilla y León y en las Cortes Valencianas; mientras que en el Reglamento del Parlamento de Cataluña ya se disponía, por ejemplo, que las Presidencias de las Mesas de las comisiones parlamentarias deben distribuirse proporcionalmente por la Mesa de la Cámara y de acuerdo con la Junta de Portavoces.

Desde el punto de vista de la participación ciudadana en el Parlamento se han abordado reformas, sobre todo debido a las distintas iniciativas de los partidos que entraron por primera vez en los Parlamentos autonómicos en 2015. En primer lugar, se han introducido las preguntas al Gobierno de iniciativa ciudadana en Galicia, Aragón y también se propuso algo así, aunque no llegó a aprobarse, en Extremadura y Castilla y León. Lo mismo sucede con las proposiciones no de ley de carácter ciudadano, presentes en el Parlamento gallego y en las Cortes de Aragón; o las enmiendas de iniciativa ciudadana, que se han introducido en los Parlamentos de Galicia, Comunidad Valenciana, Aragón o Andalucía. Con todo ello se pretende una mayor permeabilidad de las instituciones y potenciar la responsabilidad de los representantes para con los ciudadanos, siempre concibiendo tales instrumentos como un complemento de la democracia representativa y teniendo en cuenta que también comportan riesgos. Por ejemplo, se puede generar una brecha entre aquellos que, por su situación personal, puedan dedicar tiempo a la cosa pública, y quienes no, debido a su actividad laboral o por carecer de tiempo para ello.

Este capítulo se cierra con una breve referencia a los decretos-leyes autonómicos. No es el lugar para reproducir las críticas que se están realizando a estas normas gubernamentales con rango de ley en el ámbito estatal, ni tampoco los argumentos contrarios a que esta figura se introdujera en el ámbito autonómico. Simplemente cabe indicar en este resumen de la tesis doctoral que la regulación autonómica perdió una buena oportunidad de mejorar el control parlamentario respecto a estas normas cuando lo introdujeron en su ordenamiento jurídico, por ejemplo, a través de su tramitación obligatoria como proyecto de ley. En la tesis también se hace referencia a la mayor dificultad que tiene la oposición de controlar este instrumento en manos del Ejecutivo, dado que no tiene legitimidad para interponer un recurso de inconstitucionalidad en el caso de que entienda que no se cumple el presupuesto habilitante para dictarlo. Situación que se ha visto agravada por la pandemia, dado que se ha hecho un uso mayor del decreto-ley –cuando su utilización ya era abusiva- y, aunque es cierto que aquí podrían estar más justificados debido al carácter urgente y extraordinario

de algunas medidas, no lo es menos que se ha convertido en la manera normal de legislar durante este tiempo.

III. CONCLUSIONES

La investigación de la tesis permite concluir que, aunque el elemento democrático estuvo presente desde el primer estado federal, ha sido la evolución práctica y teórica en el siglo XX la que ha unido más el concepto de democracia con la descentralización territorial del poder. Ésta última permite que la toma de decisiones se lleve a cabo de una manera más cercana al ciudadano, facilitando la fiscalización al poder público, y además ayuda a que los entes regionales o federados preparen a futuros cuadros políticos nacionales o sean un banco de pruebas de nuevas medidas para mejorar la democracia, como sucede en nuestro caso con las Comunidades Autónomas.

Como se ha comentado en las páginas precedentes, se han analizado diversos aspectos problemáticos de la democracia autonómica y medidas que han tratado de mejorar la crisis de la representación y de los partidos políticos. La idea transversal de fondo presente en toda la investigación, como se avanzaba al inicio de este artículo, es que las Comunidades Autónomas pueden jugar un importante papel como laboratorios de democracia. El menor tamaño de sus Parlamentos, su unicameralismo o la mayor cercanía entre representantes y representados pueden ser elementos que ayuden a introducir reformas que son más difíciles de plantear en el ámbito estatal. Si luego resultan ser exitosas, pueden ser un buen ejemplo para trasladarlas a otros espacios diferentes al autonómico.

En cualquier caso, no hay que olvidar que la democracia de las Comunidades Autónomas no está exenta de los problemas que afectan al sistema en general. En particular, actualmente, las consecuencias de una elevada fragmentación parlamentaria, como la inestabilidad de los Gobiernos. Pero, a pesar de ello, nuestros entes regionales han demostrado que los acuerdos son posibles y están liderando las reformas y propuestas de reforma que pueden mejorar la relación entre representantes y representados.

Los sistemas electorales ante los tribunales

Carlos Fernández Esquer

Doctor por la Universidad Autónoma de Madrid

fundación Manuel Giménez Abad 20 años
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

SUMARIO:

I. Introducción
II. La jurisprudencia sobre sistemas electorales en Alemania
III. La jurisprudencia sobre sistemas electorales en Bélgica
IV. La jurisprudencia sobre sistemas electorales en Italia
V. La jurisprudencia sobre sistemas electorales en España
VI. Conclusiones

NOTA BIOGRÁFICA:

Carlos Fernández Esquer (Madrid, 1991) es Graduado en Derecho y Ciencia Política por la UAM (2014), Máster en Derecho Constitucional por el CEPC (2015), Máster en Derecho Parlamentario por la UCM (2017) y Doctor en Ciencia Política por la UAM (2020), gracias a la tesis «Los sistemas electorales regionales: orígenes y reformas en Alemania, Bélgica, Italia y España», por la que recibió el Premio IEA 2021 a la mejor tesis doctoral sobre distribución territorial del poder. Fue Investigador predoctoral (FPI-UAM), período en el que realizó estancias de investigación en la Universidad Libre de Bruselas y en la Universidad LUISS Guido Carli de Roma. También fue Investigador posdoctoral "García-Pelayo" en el CEPC (2021). Actualmente es Profesor Ayudante Doctor en el Departamento de Derecho Político de la UNED y secretario de la revista Teoría y Realidad Constitucional y del Centro de Estudios de Partidos Políticos de la UNED. Sus líneas de investigación versan sobre sistemas y reformas electorales, partidos políticos y Derecho electoral y parlamentario.

I. INTRODUCCIÓN

Cursé el doble Grado en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Autónoma de Madrid y, desde entonces, he continuado con una formación, digamos *anfibia*, jurídica y politológica, a caballo entre el Derecho constitucional, la Política comparada y el comportamiento electoral. Todo ello ha marcado por completo mis inquietudes como investigador. Mi principal línea de investigación, de la que me he ocupado en buena parte de mis trabajos, versa sobre los sistemas electorales y sus reformas. Me interesan los sistemas electorales tanto desde un punto de vista histórico como en términos comparados; tanto analizando sus rendimientos desde una aproximación empírica como en clave de ingeniería institucional. A su estudio dediqué mi investigación doctoral, en la que empleé casi cinco años para conocer en profundidad los orígenes y reformas de los sistemas electorales de Alemania, Bélgica, Italia y España, en los niveles de gobierno nacional y regional, así como sus influencias desde una perspectiva

multinivel. Igualmente, he dedicado algunas de mis publicaciones al Derecho electoral en un sentido amplio y al Derecho parlamentario. Por último, también me interesa el estudio de los partidos políticos, centrándome en cuestiones como los sistemas de partidos o la democracia interna en los partidos y sus procesos de selección de líderes y candidatos.

Son áreas de estudio clásicas: elecciones, partidos y parlamentos; materias analizadas tanto desde el Derecho Constitucional como desde la Ciencia Política, espacio en el que –creo– me desenvuelvo con soltura, motivo por el cual mis investigaciones conjugan muchas veces ese doble enfoque. Y ese considero que ha sido, humildemente, uno de mis aciertos como joven investigador: poner a dialogar a disciplinas cercanas, pero con aproximaciones y lógicas distintas, que, a pesar de compartir en ocasiones objeto de estudio, trabajan en *mesas separadas*. Nunca he comprendido bien por qué en tan poco tiempo, quienes en España trabajaban conjuntamente en las cátedras del Derecho Político, hoy se dan la espalda desarrollando sus agendas investigadoras de forma autónoma desde el Derecho Constitucional y la Ciencia Política.

Soy de los que piensa que quien quiera dedicarse a cultivar el estudio del Derecho Constitucional no puede hacerlo correctamente sin tener conocimientos sobre algunos de los autores, teorías y conceptos que se estudian en la Ciencia Política: los clásicos de la teoría política; unas nociones básicas sobre comportamiento político y electoral; política comparada y método comparado, etc. Igualmente, considero que ningún politólogo puede ser un buen investigador sin asumir la importancia que el Derecho público y las instituciones tienen en el desarrollo del proceso político, así como comprender la lógica del método jurídico: ¿puede un estudioso de las relaciones internacionales ignorar el Derecho internacional público? ¿es posible analizar las políticas públicas sin conocer mínimamente el Derecho administrativo? ¿se puede explicar la política comparada sin tener nociones básicas del Derecho constitucional de cada uno de los países estudiados? Creo que la comunidad académica aún tiene una tarea pendiente a la hora de desterrar determinados prejuicios y sesgos disciplinares que solo conducen a una infructuosa parcelación del conocimiento.

Cuento todo esto porque el tema del que me voy a ocupar en el resto de este artículo, en la intersección entre el Derecho constitucional y la Política comparada, tiene bastante que ver con algunas de estas reflexiones. Cuando comencé a realizar mi tesis, conocía el caso español, sus sistemas electorales a nivel nacional y autonómico, y había estudiado también las sentencias en las que el Tribunal Constitucional español se había pronunciado sobre la constitucionalidad de algunos aspectos polémicos de los sistemas electorales autonómicos. Siempre me pareció una jurisprudencia extremadamente condescendiente con los legisladores estatal y autonómicos. Mi sorpresa vino cuando, a medida que profundizaba en el estudio de los casos de Alemania, Bélgica e Italia, pude comprobar cómo, en esos países, sus Altos tribunales habían desarrollado una jurisprudencia mucho más incisiva, que, en algunos casos, como el italiano, podrían llegar a tildarse de

fuertemente activista, especialmente en las dos últimas décadas. Tampoco tengo claro que ese sea siempre el camino adecuado.

En cualquier caso, creo que esta circunstancia ilustra bien la actitud que debe guiar el proceso de cualquier investigación académica: los resultados y conclusiones no pueden estar nunca prefijados de antemano, sino que debe ser el propio investigador, desde una actitud honesta y dispuesta al cuestionamiento permanente de lo que hasta entonces consideraba incontrovertible, quien sepa identificar las lagunas de conocimiento, los campos de investigación fértiles y las aproximaciones originales. En mi caso, no tenía pensado tirar de ese hilo, pero el olfato me dijo que era un tema potencialmente fructífero y al que, desde la Ciencia Política –que es la disciplina en la que se inserta mi tesis doctoral– se le había prestado una escasa atención. Había encontrado un vacío de conocimiento o una materia en la que aún existía un déficit de reflexión, especialmente por lo que se refiere a Europa y desde un enfoque comparado. Por tanto, debía incluirlo en mi tesis: ¿Qué papel habían jugado los tribunales de justicia en los procesos de reforma electoral de sus respectivos países? ¿Qué argumentación siguieron en cada caso para tomar una decisión u otra?

En los siguientes apartados sintetizaré las principales lecciones que extraje al respecto. He omitido las citas, notas a pie de página y bibliografía. Eso no significa, claro está, que esta investigación se haya desarrollado en el vacío. Al contrario, mi tesis doctoral se caracteriza precisamente por haberse apoyado en numerosas fuentes y autores. No obstante, he acatado la indicación de los editores de la revista en aras facilitar esta lectura, por lo que emplazo a los lectores más interesados en que acudan a la fuente original, «*Los sistemas electorales regionales: orígenes y reformas en Alemania, Bélgica, Italia y España*», tesis defendida en la Universidad Autónoma de Madrid el 29 de junio de 2020, y cuyo contenido está disponible íntegro y sin restricciones.

II. LA JURISPRUDENCIA SOBRE SISTEMAS ELECTORALES EN ALEMANIA

Los tribunales alemanes han ido desarrollando una jurisprudencia relevante en materia de sistemas electorales desde la restauración de la democracia tras la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad. Probablemente, su jurisprudencia más notable – y la que ha llegado a ser tomada como referencia a nivel nacional, como demuestra, sin ir más lejos, la STC 75/1985, de 21 de junio, FJ 5- es la relativa a las barreras electorales.

Una de las primeras sentencias importantes está referida al sistema electoral de las elecciones al Parlamento de Schleswig-Holstein, Land que llegó a fijar su barrera electoral en el 7,5 por ciento. Este elevado umbral resultó ciertamente problemático, en la medida en que ponía en serios aprietos a la minoría danesa

para obtener representación. Su ley electoral fue recurrida ante Tribunal Constitucional Federal alemán, que, en una sentencia de 1952, concluyó que, salvo causa justificada, las barreras electorales que excediesen la cuantía del 5 por ciento eran inconstitucionales por lesionar el principio de igualdad del sufragio. En consecuencia, el Land rebajó la barrera electoral al 5 por ciento en 1957 y, además, estableció una nueva cláusula según la cual se evitaría la aplicación de la barrera en cuestión al partido de la minoría danesa.

Otro episodio jurisprudencial interesante relacionado con barreras electorales lo encontramos con motivo de las elecciones federales de 1990, las primeras tras la reunificación alemana. En esos históricos comicios se decidió suspender la aplicación de la barrera electoral en todo el territorio nacional. El objetivo consistió en permitir que los partidos de la antigua República Democrática Alemana (RDA) tuviesen opciones de acceder al Bundestag, facilitando así su progresiva institucionalización en la República Federal ya unida. El Tribunal Constitucional dio el visto bueno a esta operación coyuntural, restaurándose la normalidad en los siguientes comicios de 1994, en los que volvió a aplicarse la barrera legal en el conjunto del territorio federal.

Las dos últimas intervenciones del Tribunal Constitucional Federal alemán con relación a las barreras electorales se produjeron en 2011 y 2014, y las dos tienen que ver con la barrera electoral empleada por Alemania en las elecciones al Parlamento Europeo. La primera es una sentencia, con fecha de 9 de noviembre de 2011, en la que el Tribunal declaró inconstitucional la antigua barrera electoral del 5 por ciento, al considerarla incompatible con el principio de igualdad de sufragio y con el principio de igualdad de oportunidades en el proceso electoral. Cabe destacar que se trata de un cambio de criterio, pues, con anterioridad, concretamente en 1979, el mismo Tribunal Constitucional Federal alemán había considerado que una barrera de esa entidad era compatible con la Constitución. El Tribunal Constitucional justificó esta evolución en su doctrina en los cambios producidos en la configuración y composición del Parlamento Europeo, en el fortalecimiento de sus funciones, singularmente las legislativas, y en que en las últimas convocatorias electorales muchos partidos se habían visto privados de la obtención de algún escaño debido a la aplicación de la barrera.

A raíz de dicha sentencia de 2011, el legislador alemán redujo la barrera de las elecciones al Parlamento Europeo al 3 por ciento de los votos emitidos. Sin embargo, en una segunda decisión, con fecha de 26 de febrero de 2014, el Tribunal Constitucional Federal volvió a declarar inconstitucional la barrera electoral en las elecciones al Parlamento Europeo, a pesar de que su cuantía era dos puntos inferior. Por tanto, las últimas elecciones al Parlamento Europeo de 2019 se celebraron sin la existencia de barrera electoral en Alemania. Esa es una de las razones por las que, en 2018, se modificó el *Acta Electoral* europea, que, entre otras novedades, impuso que los Estados miembros con más de 35 escaños estableciesen obligatoriamente una barrera electoral de entre el 2 y el 5 por ciento de los votos a nivel nacional. Los únicos Estados miembros que cumplen esos

criterios y que en la actualidad no tendrían esa barrera electoral son Alemania y España, por lo que deberán introducir esa nueva barrera electoral antes de las próximas elecciones al Parlamento Europeo de 2024.

El tipo de fórmula electoral también ha ocasionado más de una controversia jurídica. La más importante de ellas se produjo en Baviera, Land donde el Tribunal Constitucional bávaro declaró la inconstitucionalidad de la fórmula Ḋ Hondt en 1992, por considerar que dicha fórmula favorecía a los grandes partidos cuando se aplicaba en circunscripciones de magnitud reducida, de forma que el porcentaje de votos obtenido por un partido no era proporcional al porcentaje de escaños obtenidos. Así, el Tribunal llegó a la conclusión de que su aplicación en la distribución de los escaños en las siete circunscripciones múltiples del sistema electoral del Parlamento de Baviera favorecía a los partidos grandes, alterando la proporcionalidad en la representación en un porcentaje relevante de escaños.

En el caso concreto, el Tribunal dio la razón a los recurrentes del FPD, que con un porcentaje de votos del 5,2 por cierto obtuvieron el 3,4 por ciento de los escaños. Finalmente, se consideró que la fórmula electoral Hare-Niemeyer resultaba más neutral, por lo que fue introducida en Baviera tras una reforma legal en 1994. Desde nuestra óptica española, donde la fórmula D'Hondt es hegemónica en los sistemas electorales proporcionales empleados en los distintos niveles de gobierno, puede sorprender que una fórmula electoral pueda llegar a ser declarada inconstitucional por su falta de proporcionalidad, máxime cuando, como se puede apreciar, la penalización que suponía para el FPD no era más abultada que la que han recibido algunos partidos de ámbito estatal con porcentajes de voto modesto y apoyo electoral diseminado a lo largo del territorio nacional por parte del sistema electoral del Congreso de los Diputados.

Es preciso hacer referencia, por último, a la problemática del valor inverso del voto derivado de los escaños excedentes no compensados. El Tribunal Constitucional Federal, en una sentencia de 3 de julio de 2008, dictaminó que la ley electoral federal resultaba inconstitucional, debido al efecto del valor inverso o negativo de los votos que los mandatos directos excedentes no compensados podían producir, y emplazó al legislador a reformar el sistema electoral del Bundestag para evitar este problema. El del valor inverso de los votos era un fenómeno por el que, en el peculiar sistema de representación proporcional personalizada alemán, podía darse la paradoja de que un partido perdiese un escaño, a pesar de ganar votos dirigidos a sus candidatos en los distritos uninominales. Tras un complicado proceso de cinco años de debate –en el que llegó a aprobarse en 2011 una ley electoral que volvería a declararse inconstitucional en una sentencia de 25 de julio de 2012 por no resolver los problemas–, terminó reformándose de nuevo la ley electoral en mayo de 2013 para evitar esa problemática.

En definitiva, este repaso evidencia el importante papel que han desempeñado los tribunales alemanes, singularmente el Tribunal Constitucional Federal, a la hora de condicionar los procesos de reforma electoral, especialmente en los últimos

años. Su capacidad para imponer el cumplimiento de un principio constitucional como el de la igualdad de sufragio, les ha hecho sentirse legitimados para poner límite a la cuantía de las barreras electorales, para exceptuar su aplicación en circunstancias concretas, para declarar inconstitucional la fórmula D́ Hondt o para cuestionar los mandatos directos excedentes no compensados.

III. LA JURISPRUDENCIA SOBRE SISTEMAS ELECTORALES EN BÉLGICA

También en Bélgica encontramos sentencias relevantes en las que se enjuicia la constitucionalidad de los sistemas electorales de los distintos niveles de gobierno de ese país. Veamos dos ejemplos.

En 1899, Bélgica fue el primer país europeo en introducir la representación proporcional, siendo también el primero en emplear la conocida fórmula D'Hondt como método de asignación de escaños en las circunscripciones. En el año 2002, se produjo la que, hasta el día de hoy, es la reforma más importante que ha experimentado su sistema electoral a nivel nacional. Las principales novedades, aplicadas por primera vez a las elecciones generales de 2003, fueron las siguientes: la reducción de circunscripciones de veinte a once para hacerlas coincidir con las provincias del país; la supresión del segundo *tier* o nivel de reparto de escaños; el establecimiento de una barrera electoral del 5 por ciento a nivel de circunscripción; y la reducción a la mitad del peso del voto de lista.

Tras la reforma, pues, el mapa de circunscripciones belga se "provincializó" por completo, con la única excepción de la provincia del Brabante Flamenco. A efectos electorales eso supuso que parte del territorio de Brabante continuó formando parte de la circunscripción de Lovaina, mientras que el resto del territorio continuó formando parte de la controvertida circunscripción Bruselas-Halle-Vilvoorde (BHV, en adelante), que tanto ha enfrentado a las partidos flamencos y valones.

Conviene aclarar que esta circunscripción constituía un caso excepcional dentro del sistema electoral nacional belga, pues era la única cuyo territorio abarcaba dos regiones distintas. Así, esta circunscripción electoral se extendía tanto por los diecinueve municipios que componen la Región de Bruselas-Capital como por los treinta y cinco municipios pertenecientes a la Región de Flandes situados alrededor de Bruselas-Capital. Concretamente, esos treinta y cinco municipios pertenecen al distrito de Halle-Vilvoorde, uno de los dos distritos administrativos que integran la provincia del Brabante Flamenco. El territorio de esta circunscripción electoral, por tanto, se extendía por dos áreas lingüísticas bien diferenciadas. Mientras que los diecinueve municipios de la Región de Bruselas-Capital tienen un régimen bilingüe (el francés y el neerlandés son idiomas cooficiales), los treinta y cinco municipios del distrito administrativo de Halle-Vilvoorde se encuentran en una región, la de Flandes, donde la única lengua oficial es el neerlandés.

Por lo que respecta a la barrera electoral del 5 por ciento a nivel de circunscripción, se trataba de la primera vez en la historia electoral belga en la que se decidía introducir un correctivo al principio de representación proporcional. Los partidos de la oposición, contrarios a la reforma, sostuvieron que distintos preceptos constitucionales no permitían otra limitación a la proporcionalidad que la derivada de la división del país en circunscripciones. Sin embargo, la Corte de Arbitraje –actual Tribunal Constitucional– admitió con carácter general la constitucionalidad de la barrera en sus decisiones 30/2003 y 73/2003. La Corte afirmó que la barrera no suponía una limitación desorbitada del principio de representación proporcional. Así, aunque la Corte reconoció que la existencia de un umbral electoral generaba desventajas para los pequeños partidos, no consideró sin embargo que hubiese preceptos constitucionales que prohibiesen al legislador introducir disposiciones que modulasen la proporcionalidad con el objetivo de procurar un funcionamiento más racionalizado de las instituciones democráticas.

Ahora bien, aunque la Corte admitió la validez de la barrera para ocho de las once circunscripciones provinciales, rechazó su introducción en tres circunscripciones del centro del país: Lovaina, BHV y Brabante Valón. Así, el Tribunal decidió anular las disposiciones relativas al distrito de BHV en el marco de la ley electoral para la Cámara de Representantes. Esta cancelación obligó al gobierno a revisar su reforma y reiniciar el debate sobre la división de BHV.

En efecto, fue la decisión de la Corte de Arbitraje la que supuso un verdadero punto de inflexión en este espinoso asunto. Así, en su sentencia 73/2003, de 26 de mayo, declaró que, dado el nuevo mapa de circunscripciones electorales provinciales, la preservación de las viejas circunscripciones de Lovaina y BHV constituían una desigualdad inaceptable. Así pues, el Alto Tribunal belga emplazó al legislador a que resolviese el «problema BHV» en un plazo de cuatro años. A pesar de la sentencia de la Corte, la controversia en torno a la circunscripción BHV continuó sobrevolando la política belga y enturbió aún más las ya deterioradas relaciones entre los partidos políticos flamencos y francófonos durante un período que excedió, con mucho, el plazo de cuatro años que había señalado la Corte. Los partidos flamencos, especialmente el partido Cristiano-Demócrata y Flamenco (CD&V) y los independentistas del N-VA, hicieron de esta cuestión una de sus principales banderas, hasta que finalmente las disputas en torno a la circunscripción BHV condujeron a la caída del gobierno federal en abril de 2010. A partir de ese momento, alcanzar un compromiso en el «problema BHV» era una condición necesaria para la formación de un nuevo gobierno.

Finalmente, el 14 de septiembre de 2011, y por lo tanto más de ocho años después de la histórica decisión del Alto Tribunal belga, se llegó a un acuerdo sobre la división de la circunscripción electoral BHV, que fue implementado a partir de la ley de 19 de julio de 2012. La provincia del Brabante Flamenco se convirtió en una circunscripción provincial separada, aglutinando los distritos administrativos de Halle-Vilvoorde y de Lovaina, como habían reivindicado históricamente los

partidos flamencos; mientras que la otra circunscripción electoral fue la compuesta por los diecinueve municipios de la Región de Bruselas-Capital.

En resumen, la reforma electoral consistente en la división de la circunscripción de BHV vino a dar cumplimiento a una sentencia del Tribunal de Arbitraje de 2003. BHV era el único distrito electoral empleado en la Cámara de Representantes cuyo territorio se extendía por dos regiones distintas y, por esa razón, se había convertido en un símbolo de las tensiones entre partidos flamencos y valones. Finalmente, tras un dilatado proceso, se alcanzó un gran acuerdo para la segmentación de la circunscripción en 2012, en el seno de la relevante «Sexta Reforma del Estado».

En 2018 encontramos otra reforma electoral, esta vez en el sistema electoral de la Región de Valonia, que vino motivada también por una decisión del Tribunal Constitucional belga. Analicemos con algo más de detalle este caso.

En un primer momento, y a instancias de algunos militantes del partido verde Ecolo de la provincia de Luxemburgo, el Conseil d'Etat se tuvo que pronunciar sobre el tamaño de las circunscripciones. En su decisión de 20 de noviembre de 2014, el Consejo de Estado belga decidió remitir una cuestión prejudicial al Tribunal Constitucional, pidiéndole que verificase la posible vulneración por parte de la ley electoral de los principios de igualdad y no discriminación, debido a la diferencia de trato existente entre los votantes y candidatos de las circunscripciones regionales valonas que tenían menos de 4 escaños respecto al resto. Un año después, el Tribunal Constitucional belga, en una decisión de 26 de noviembre de 2015 (sentencia nº 169/2015), consideró que la norma que delimitaba las circunscripciones electorales utilizadas para las elecciones al Parlamento de la Región de Valonia era inconstitucional.

El problema de fondo consistía en que, antes de la reforma, existían tres circunscripciones electorales con menos de 4 escaños: Neufchâteau-Virton, con 2 escaños, y Arlon-Bastogne-Marche-en-Famenne y Thuin, con 3. Se trataba de circunscripciones en las que el umbral efectivo, esto es, el porcentaje de votos necesario para que un partido tuviese opciones de hacerse con un escaño, se situaba por encima del 30 por ciento de los votos válidos emitidos. Es decir, eran distritos electorales en los que partidos que contaban con un importante respaldo electoral podían quedarse sin representación.

El gobierno valón justificaba las disparidades entre las circunscripciones electorales apoyándose en que la existencia de circunscripciones de menor tamaño que las provincias favorecía el contacto entre el elector y los candidatos. Sin embargo, el Tribunal afirmó que, aunque se pueden permitir diferencias entre las circunscripciones, en este caso no se podía considerar que permaneciesen dentro de límites razonables. El Tribunal entendió que esas diferencias en cuanto a los votos necesarios para que un partido pudiese obtener al menos un escaño, es decir, el umbral efectivo, no eran compatibles con el principio de

igualdad y no discriminación, consagrado en los artículos 10 y 11 de la Constitución belga, en la medida en que pequeños partidos y electores de esas circunscripciones sufrían una diferencia de trato injustificada. El Tribunal concluyó afirmando expresamente lo siguiente: "si se puede aceptar que un distrito electoral donde se distribuyan cuatro escaños es compatible con el sistema de representación proporcional, este no es el caso para los distritos electorales donde solo se asignan dos o tres escaños y donde el umbral electoral es, por esta razón, irrazonablemente alto".

Con ello, el Tribunal Constitucional belga estableció un punto de referencia o un límite explícito al legislador, el cual, al diseñar el mapa de circunscripciones, no puede crear distritos electorales de menos de 4 escaños. Como forma de reaccionar ante la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal, el Parlamento regional de Valonia se vio obligado a fusionar algunas circunscripciones electorales para adaptar su legislación electoral a esta decisión. Así, el 24 de enero de 2018, el Parlamento valón, con el voto a favor de 65 de sus 75 diputados, adoptó una ley que garantiza la elección de al menos 4 escaños en cada circunscripción. Para ello, se redujo el número de circunscripciones de trece a once. Por un lado, se han fusionado dos de las circunscripciones que resultaban problemáticas al encontrarse ambas por debajo de los 4 escaños (Arlon-Marche-Bastogne, que tenía 3, y Neufchâteau-Virton, que tenía 2) en una nueva circunscripción de 6 escaños cuyo territorio corresponde al de la provincia de Luxemburgo. Por otro lado, en la provincia de Hainaut se ha reducido el número de circunscripciones de cinco a cuatro, tras la incorporación de la antigua circunscripción de Thuin a la de Charleroi.

En resumen, estamos ante otro caso en el que el Tribunal Constitucional belga determinó que las circunscripciones con muy pocos escaños no eran suficientemente representativas desde la lógica proporcional y emplazó al legislador valón a revisar el mapa de circunscripciones de cara a las elecciones regionales de 2019. De nuevo, desde una perspectiva puramente española, es difícil no pensar en el caso de Valonia, donde han sido declaradas inconstitucionales las circunscripciones de menos de 4 escaños, a la luz del sistema electoral del Congreso de los Diputados, donde a once de las cincuenta y dos circunscripciones que lo componen les corresponde en la actualidad menos diputados.

IV. LA JURISPRUDENCIA SOBRE SISTEMAS ELECTORALES EN ITALIA

En el año 2005, Italia adoptó un nuevo sistema electoral a través de la Ley Calderoli, conocido popularmente como *Porcellum*. Para la Cámara de Diputados, el sistema electoral era formalmente de tipo proporcional, repartiéndose los escaños a nivel nacional. Ahora bien, la naturaleza proporcional del sistema quedaba en parte desdibujada, pues contemplaba también la concesión de un premio

de mayoría de 340 de los 630 diputados (un 54 por ciento del total de escaños) para el partido o coalición con más votos en el conjunto del país. Dicho premio era de tipo *majority-assuring*, en la medida en que la candidatura vencedora se hacía siempre con la mayoría absoluta de los diputados. El premio de mayoría del Senado, en cambio, no lo era, pues las bonificaciones de escaños se concedían región por región y, por consiguiente, el partido o coalición con mayor apoyo en el conjunto de Italia no tenían asegurada la mayoría parlamentaria en el Senado. En el sistema electoral de las dos Cámaras los escaños que restaban por distribuir tras el otorgamiento del premio se repartían de forma proporcional entre el resto de los partidos y coaliciones. Por lo que se refiere a la dimensión intrapartidista, el sistema electoral apostó por las listas cerradas y bloqueadas. Es decir, los votantes debían limitarse a escoger entre candidaturas constituidas previamente por los partidos, ya fuera en solitario o fruto de alianzas preelectorales. Por tanto, los electores no disfrutaban de la posibilidad de manifestar preferencias por candidatos individuales y, en consecuencia, no tenían capacidad para modificar con su voto la prelación de candidatos dispuesta de antemano en la lista electoral. Este sistema electoral fue aplicado a las elecciones de 2006, 2008 y 2013.

Pues bien, el final de *Porcellum* vino de la mano de la inesperada aparición de la Corte Constitucional italiana en su trascendental sentencia 1/2014, de 13 de enero, donde se declararon inconstitucionales algunos de los elementos nucleares del sistema electoral. Antes de analizar la doctrina sentada en esta sentencia, hay que comenzar subrayando que la Constitución italiana "no impone ni tampoco prohíbe" ningún tipo de sistema electoral, pues no existe ningún precepto que condicione la manera en que han de transformarse los votos en escaños. El único precepto que está directamente relacionado con las elecciones es el art. 48 de la Constitución, y concretamente, el apartado en el que se proclama que el sufragio es personal, igual, libre y secreto.

En dicha sentencia la Corte abandonó su tradicional actitud deferente hacia el legislador electoral y anuló el premio de mayoría de ambas Cámaras, así como las listas cerradas y bloqueadas. Respecto al premio de mayoría, el Tribunal entendió que un premio otorgado a la lista o coalición que obtuviese una mayoría relativa de votos (a nivel nacional en la Cámara de Diputados y a nivel regional en el Senado), sin la exigencia de una cuantía mínima para su concesión, limitaba la función representativa del Parlamento, la igualdad ante la ley, así como el principio de igualdad de sufragio. Ahora bien, el Tribunal no consideró inconstitucional el premio de mayoría *per se*, el cual podía justificarse por contribuir a una finalidad constitucionalmente legítima como es la de la formación de una mayoría parlamentaria que asegure la estabilidad gubernamental y la eficiencia de los procesos de decisión en el ámbito parlamentario; en realidad, la Corte entendió que ese premio de mayoría era desproporcionado, en la medida en que su asignación no dependía de la superación de un umbral de voto mínimo razonable. Esto último creaba, a juicio de la Corte, el riesgo de que, en escenarios de una elevada dispersión del voto, una lista o coalición con un bajo porcentaje de

votos, aunque superior al del resto de sus competidores, se hiciese con la mayoría absoluta de escaños en la Cámara de Diputados.

Respecto al premio de mayoría del Senado, la Corte señaló también su inconstitucionalidad por carecer de un porcentaje mínimo para su concesión. Pero, además, entendió que la multiplicidad de premios regionales comportaba que la existencia de una mayoría parlamentaria en la Cámara Alta fuese el resultado casual de una suma de premios regionales, y, en consecuencia, este sistema era contrario a la finalidad de favorecer la formación de una mayoría parlamentaria, que era precisamente el fundamento en abstracto de la previsión de este tipo de premios.

Con relación a las listas cerradas y bloqueadas, la Corte entendió que ese modelo de listas electorales tampoco era en sí mismo inconstitucional. El problema era, más bien, que los electores no pudieran manifestar preferencias por personas concretas en aquellos supuestos, bastante habituales, en los que se presentaban listas en circunscripciones muy grandes, que contenían un número elevado de candidatos. Esta situación suponía, a juicio de la Corte, entregar por completo el poder de decisión sobre el orden de los candidatos a los partidos y, por tanto, impedir a los electores expresar efectivamente su voluntad e influir así en la elección de sus representantes políticos concretos. En consecuencia, la Corte entendió que esta previsión violaba el principio de libertad de sufragio, al vulnerar el derecho de los votantes a elegir sus propios representantes parlamentarios. En este punto y, de nuevo, desde una perspectiva doméstica, emerge la pregunta de si esta doctrina no sería trasladable a sistemas electorales españoles que emplean listas cerradas y bloqueadas, especialmente el del Congreso de los Diputados, donde hay dos circunscripciones de más de 30 escaños, o el caso extremo del sistema electoral de la Asamblea de Madrid, donde en las últimas elecciones de 2021 las candidaturas tuvieron que estar compuestas por un total de 136 candidatos.

Retomando el hilo de la sentencia, la Corte concluyó que, excepto aquellos aspectos declarados inconstitucionales, el resto de los elementos del sistema electoral eran aplicables a las próximas elecciones que se celebrasen. En consecuencia, la sentencia dio lugar a un nuevo sistema electoral, que transformaba los sistemas de la Cámara de Diputados y del Senado en sistemas electorales proporcionales puros (sin premios de mayoría), aunque con unas elevadas barreras electorales (especialmente en el Senado), y permitiendo a los electores manifestar un voto preferencial. De modo que las élites políticas se vieron compelidas a sustituir ese sistema electoral que, al haber perdido el premio de mayoría, había visto transformada su naturaleza en proporcional, con el objetivo de armonizar gobernabilidad y representatividad, de conformidad con el espíritu de la sentencia 1/2014.

Así las cosas, en 2015 se aprobó un nuevo sistema electoral para la Cámara de Diputados, bautizado en esta ocasión como *Italicum*. Al igual que *Porcellum*, dicha ley electoral establecía para la Cámara de Diputados un sistema electoral que conjugaba la lógica proporcional con la mayoritaria, al prever un premio de

mayoría *majority-assuring* que se adjudicaba al partido más votado. Aunque la distribución de diputados entre los partidos se efectuaba a nivel nacional de forma proporcional (fórmula Hare), la naturaleza proporcional del sistema quedaba difuminada debido al premio de mayoría. En este sentido, el premio consistía en el aseguramiento de la mayoría absoluta en la Cámara de Diputados (340 sobre 630 escaños) al partido –no a la coalición– más votado. Más específicamente, el premio se concedía a aquel partido que en la primera vuelta superase el 40 por ciento de los sufragios; o, en el supuesto de que ninguno lograse ese porcentaje de votos en la primera ronda, se celebraba una segunda entre los dos partidos con más apoyo y se otorgaba el premio al partido vencedor de esa segunda vuelta. De esta forma se aseguraba que tras los comicios siempre habría un partido político ganador que podría sacar adelante su programa político con el respaldo de una mayoría parlamentaria.

Con relación al resto de partidos que no obtenían el premio de mayoría, el reparto de diputados se efectuaría de acuerdo con los sufragios cosechados en la primera ronda electoral. Para ello, deberían haber sobrepasado un umbral legal del 3 por ciento nacional. La idea central es que los partidos que desempeñasen tareas de oposición tendrían asegurado en todo caso un 44 por ciento de los diputados (278 de 630 escaños) en atención a los votos conseguidos en la primera vuelta. El propósito del nuevo sistema electoral consistía, por tanto, en buscar cierta armonía entre la estabilidad gubernamental y el principio representativo, conforme a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en la sentencia 1/2014.

Los temores que acompañaron a *Italicum* desde su aprobación respondían a que su funcionalidad para el sistema político italiano solo cobraría sentido en caso de que la reforma constitucional que estaba en marcha resultase exitosa. Esas reglas electorales fueron diseñadas para garantizar una mayoría parlamentaria en la Cámara de Diputados, dentro de un modelo en el que, de prosperar la reforma constitucional, la relación de confianza con el Gobierno se establecería únicamente con la Cámara Baja, mientras que el Senado quedaría relegado a un rol secundario en el esquema bicameral, y en el que su forma de elección pasaba a ser indirecta y a cargo de los Consejos Regionales. Así pues, el problema de *Italicum* consistía en que su razón de ser presuponía la consumación de la reforma constitucional que aspiraba a enterrar el bicameralismo simétrico italiano.

En diciembre de 2016 se celebró el referéndum sobre la reforma constitucional impulsada por Matteo Renzi y a la que el primer ministro italiano había ligado su continuidad al frente del Gobierno. En dicha consulta la sociedad italiana rechazó la reforma de la Constitución con un 60 por ciento de votos en contra. Pero no todo acabó ahí. Poco después, la Corte Constitucional italiana dictó la sentencia 35/2017, de 25 de enero, en una decisión con la que se reafirmó en su activismo en el control de constitucionalidad ante las reformas de la ley electoral italiana. En la sentencia, la Corte declaró inconstitucionales dos puntos de

Italicum. El primero fue la posibilidad de presentar candidaturas múltiples, es decir, que los candidatos pudiesen encabezar simultáneamente las listas electorales en varias circunscripciones y, posteriormente, pudiesen escoger por cuál resultarían efectivamente electos una vez conocidos los resultados electorales.

La supresión más importante, sin embargo, fue la de la segunda vuelta electoral (*ballottaggio*). De nuevo, la Corte no afirmó que la doble vuelta fuese en sí misma inconstitucional, sino que consideró que lo era la manera en la que se había diseñado en la ley electoral, debido a la falta de modulación de sus posibles efectos distorsionadores de la representatividad. Y es que la única condición que se exigía a una lista para pasar a la segunda vuelta consistía en haber superado la barrera electoral del 3 por ciento de los votos a nivel nacional. Esto suponía que una lista podría acceder a esa segunda vuelta –e incluso obtener el premio de mayoría– con un reducido porcentaje de votos en la primera vuelta. En suma, este mecanismo, sumado a otras circunstancias electorales, podía catapultar artificialmente a una mayoría absoluta a una lista con un escaso apoyo popular, lo cual suponía una alteración desproporcionada de la representatividad dentro de la Cámara de Diputados. De nuevo, la Corte Constitucional consideró desproporcionada la forma en que pretendía propiciarse la creación de una mayoría parlamentaria, pues suponía el sacrificio de otros bienes constitucionalmente protegidos, como la representatividad o la igualdad del voto.

Por lo demás, la Corte volvió a afirmar que la ley electoral era susceptible de inmediata aplicación, excepto en lo declarado inconstitucional. De modo que se mantenía un sistema electoral proporcional, con un premio *majority-assuring* para aquel partido que lograse superar el 40 por ciento de los votos a nivel nacional. La consecuencia inmediata consistió en que se transformó un sistema electoral concebido para asegurar en todo caso la gobernabilidad, en otro en el que, aunque persistía el premio de mayoría, era muy difícil su activación, al necesitarse un partido capaz de alcanzar el 40 por ciento en una sola vuelta. Algo que se antojaba ciertamente complicado en un escenario tripolar como el que comenzaba a tomar forma en aquel momento, en el que la oferta política se encontraba notablemente fragmentada en el espacio del centroizquierda, el centroderecha y el Movimiento Cinco Estrellas (M5S). Y aun en el caso improbable de que algún partido lograse adjudicarse el premio en la Cámara de Diputados, la estabilidad del gobierno continuaría dependiendo también del Senado, una cámara que sería elegida a partir de un sistema de tipo proporcional puro resultante tras la sentencia 1/2014.

En definitiva, los recientes pronunciamientos de la Corte constitucional italiana (1/2014 y 35/2017) evidencian el papel cada vez más activo de los tribunales como desencadenantes de procesos de reforma electoral. No es posible comprender el nacimiento de *Italicum* y *Rosatellum* sin las sentencias de la Corte Constitucional italiana que, al declarar inconstitucionales algunos aspectos clave de las anteriores leyes electorales (*Porcellum* e *Italicum*), transformaron por completo la

mecánica de los sistemas electorales originales. Esos pronunciamientos judiciales generaron presión en las élites políticas para aprobar nuevas leyes electorales que sustituyeran los sistemas electorales desfigurados, respetando los criterios constitucionales establecidos en las sentencias judiciales.

V. LA JURISPRUDENCIA SOBRE SISTEMAS ELECTORALES EN ESPAÑA

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español contrasta con la del alemán, el belga o el italiano por su permisividad al valorar la constitucionalidad de las reglas electorales. Respecto a las barreras electorales, cabe destacar las sentencias del Tribunal Constitucional 75/1985, 72/1989, 193/1989 y 225/1998, en las que el Tribunal ha ido admitiendo cuantías cada vez más elevadas: el 3 por ciento a nivel de circunscripción en Cataluña; el 5 por ciento a nivel autonómico en la Región de Murcia; e incluso una barrera del 6 por ciento en el conjunto de la comunidad de Canarias, atemperada por cláusulas correctoras también validadas por el Tribunal, como obtener el 30 por ciento de los votos –el 20 por ciento en un primer momento– en una circunscripción insular o ser el partido más votado en la respectiva circunscripción.

Respecto al prorrateo de escaños entre circunscripciones, los pronunciamientos más relevantes están incluidos en las Sentencias del Tribunal Constitucional 45/1992, 19/2011, 187/2014, 214/2014 y 15/2015, así como en el Auto 240/2008. En la primera de las sentencias, referida a Islas Baleares, el Tribunal declaró constitucionalmente admisible la existencia en un sistema proporcional de circunscripciones uninominales (como la de Formentera), así como la posibilidad de que la circunscripción de Ibiza, con más población que Menorca, tuviera, sin embargo, un escaño menos. Los demás pronunciamientos del Tribunal se refieren al controvertido sistema electoral de Castilla-La Mancha y a sus sucesivas reformas. En todas ellas, ha avalado la constitucionalidad de las distintas distribuciones de escaños entre provincias realizadas hasta la fecha, incluida la de la reforma electoral de 2014, que analizaré en detalle más adelante.

¿Qué puede explicar esas diferencias respecto a la jurisprudencia de otros Altos tribunales? En mi opinión, el Tribunal Constitucional español ha demostrado en sus razonamientos un conocimiento limitado sobre conceptos básicos manejados desde la Ciencia Política, como sería el caso del concepto de «umbral efectivo». Como trataré de mostrar a continuación, el Tribunal ha rechazado recurrir a otras ciencias sociales, en este caso la Ciencia Política, para fortalecer la argumentación de sus decisiones. Esa falta de precisión en materia electoral ha supuesto la producción de una jurisprudencia poco rigurosa y prácticamente inmutable con el paso del tiempo, con argumentos apenas persuasivos y, en definitiva, doctrinalmente decepcionante.

Otro factor que puede haber tenido peso en su actitud excesivamente comedida tiene que ver con que los sistemas electorales enjuiciados en los casos más polémicos sobre los que se ha pronunciado el Tribunal estaban contenidos en Estatutos de Autonomía. Cuando dictó la STC 225/1998 para el caso canario, el Tribunal no había declarado jamás la inconstitucionalidad de ningún precepto estatutario; y cuando dictó la STC 197/2014 con relación a la última reforma electoral en Castilla-La Mancha, ya conocía las enormes repercusiones políticas que había acarreado el declarar inconstitucionales algunos artículos del *Estatut* catalán en la célebre STC 31/2010. No debe descartarse que el Tribunal Constitucional español haya extremado su autocontención a la hora de incidir sobre asuntos que no solo afectan a una materia como la electoral, que de suyo ya es extremadamente delicada, sino que estaban contenidos en preceptos pertenecientes a la norma institucional básica de cada comunidad autónoma.

En los siguientes apartados analizaré en detalle la jurisprudencia más importante relativa a los sistemas electorales autonómicos de Canarias (STC 225/1998) y Castilla-La Mancha (SSTC 197/2014 y 15/2015). Son las sentencias que mejor ilustran una jurisprudencia que, a mi modo de ver, resulta particularmente permisiva con lo que cabe entender como excesos de los legisladores electorales.

1. La jurisprudencia sobre el sistema electoral de Canarias

Antes de analizar el contenido de la sentencia donde el Tribunal Constitucional tuvo que examinar la constitucionalidad de las barreras del 6 por ciento a nivel autonómico y del 30 por ciento a nivel insular del sistema electoral canario, conviene subrayar que, en sus distintos pronunciamientos, el Tribunal ha ido admitiendo barreras de cuantías cada vez más elevadas. Uno de esos pronunciamientos tuvo que ver precisamente con las barreras originales en Canarias. Así, en la STC 72/1989, de 20 de abril, el Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse sobre la barrera insular del 20 por ciento, con motivo de un recurso de amparo presentado por un candidato que consideraba que dicha barrera vulneraba su derecho a acceder a cargos representativos en condiciones de igualdad (arts. 14 y 23.2 CE). En esa sentencia, el Tribunal sostuvo que dicha barrera era "plenamente razonable y adecuada a las peculiaridades geográficas y poblacionales del archipiélago canario, e incluso pieza necesaria de su régimen electoral [...]; con la indudable finalidad de conformar el Parlamento con representaciones políticas de los ciudadanos de cada una de esas islas [menores], dicho porcentaje del 20 por 100 insular asegura tal finalidad legal al actuar como correctivo del 3 por 100 regional, ya que de no estar así previsto algunas de las circunscripciones electorales no podrían alcanzar representación parlamentaria, dado que su número de votantes, e incluso de electores, no es suficiente para superar el 3 por 100 de los votos válidos emitidos en la Región".

El Tribunal concluía afirmando que "la regla de un porcentaje mínimo, además de no vulnerar el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, reconocido en el art. 23.2 de la Constitución, en conexión con el 14 del

propio texto fundamental, constituye previsión legal, no sólo razonable, sino imprescindible para asegurar que las diversas zonas del territorio de las Comunidades Autónomas tengan representación en sus Asambleas Legislativas -art. 152.1 de la Constitución". Es decir, el Tribunal Constitucional consideró que, lejos de constituir un obstáculo, la barrera del 20 por ciento insular cumplía la función de permitir la representación a aquellas fuerzas políticas minoritarias en el conjunto de la región, pero relevantes en sus respectivas islas, esto es, los partidos insularistas. Con esa medida, el Tribunal entendió que se daba cumplimiento al mandato de asegurar la representatividad territorial contenido en el artículo 152.1 de la Constitución.

En cualquier caso, mucho más controvertida resultó la STC 225/1998, de 25 de noviembre, donde el Tribunal Constitucional tuvo que controlar la constitucionalidad de las barreras electorales que introdujo la reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias de 1996: para acceder al reparto de escaños en cada circunscripción, los partidos debían superar el 6 por ciento de los votos a nivel autonómico, el 30 por ciento a nivel insular o ser las candidaturas más votadas en la circunscripción insular. El Defensor del Pueblo, institución poco dada a hacer uso de su legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad, decidió presentarlo frente a la Disposición Transitoria primera del Estatuto de Autonomía de Canarias, a instancias de varias formaciones políticas insularistas que temían resultar excluidas del reparto de escaños debido a las nuevas barreras electorales. Ello obligó al Tribunal a dilucidar si el incremento de dichas barreras resultaba compatible con el mandato de proporcionalidad dispuesto en el art. 152.1 CE, así como valorar su repercusión sobre el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE).

En el Fundamento Jurídico 5º de la sentencia, el Tribunal Constitucional apreció que, de las tres barreras o cláusulas alternativas de acceso al reparto de escaños, las cuales responden a objetivos distintos, la única que podía llegar a producir "una diferencia de trato que pudiera tener una repercusión significativa desde el punto de vista del derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos, es la relativa al porcentaje del 6 por 100 de los votos válidos emitidos en la totalidad de la Comunidad Autónoma". Y "es cierto que la barrera electoral excede en un punto a la barrera del 5 por 100 de los votos válidos en la Comunidad Autónoma, cuya legitimidad este Tribunal ya ha reconocido; pero esta diferencia no es suficiente para que este Tribunal, que no ha elevado a categoría un determinado porcentaje numérico, declare la inconstitucionalidad de tal barrera electoral apreciada en el conjunto del sistema electoral canario".

En el Fundamento Jurídico 7º de la STC 225/1998, el Tribunal reforzaba su argumentación señalando que las dos cláusulas particulares que existían en el sistema electoral canario –ser el partido vencedor en la isla o haber conseguido, como mínimo, el 30 por ciento de los sufragios válidamente emitidos– debían verse no tanto como barreras de exclusión, sino como vías de acceso complementarias, especialmente diseñadas para "asegurar la presencia de fuerzas políticas

mayoritarias en la circunscripción, pero minoritarias en el conjunto de la Comunidad Autónoma. Su objetivo no es, pues, el de excluir a las minorías, sino el de asegurar su presencia por razón del territorio. De este modo, si la primera de las mencionadas cláusulas de exclusión (...) favorece a las fuerzas políticas mayoritarias en la Comunidad Autónoma en favor de la gobernabilidad y estabilidad", las segundas suponen "un correctivo de la primera en beneficio de la representación de cada isla, permitiendo la presencia en el Parlamento canario de candidaturas de fuerte implantación insular, aunque con escaso nivel de voto en su valoración global desde la óptica del voto emitido en el conjunto de la Comunidad Autónoma".

De ese modo, el rigor de la cláusula general o regional del 6 por ciento de los votos en el conjunto de la comunidad "se corrige, en cierto modo, en las islas menores, por el trato favorecedor de que son objeto las minorías político-territoriales mediante las otras cláusulas contenidas en el mismo precepto legal". Desde esta perspectiva, la dura limitación que imponía la barrera electoral del 6 por ciento podía ser franqueada por los partidos con fuerte implantación en cualquiera de las islas menores (Lanzarote, Fuerteventura, La Palma, La Gomera y El Hierro), gracias a las cláusulas particulares que operaban como una vía alternativa de acceso al Parlamento autonómico. Esta última sería una "opción legislativa que resulta constitucionalmente lícita en la medida en que la misma encuentra apoyo en el denominado «hecho insular», circunstancia geográfica específica, propia de las CC.AA. que son territorialmente un archipiélago, y cuya singularidad es tenida en cuenta por la propia Constitución (arts. 69.3 y 141.4)".

La conclusión alcanzada finalmente por el Tribunal Constitucional es que "la valoración conjunta de este sistema de cláusulas limitativas en el acceso a los escaños no permite afirmar que sea contario a la proporcionalidad exigida por el artículo 152.1 CE". En otras palabras, que los nuevos obstáculos electorales establecidos tras la reforma estatutaria no hacían "perder, por sí solos, al sistema electoral canario su carácter proporcional y, por lo tanto, su capacidad para reflejar las principales opciones políticas existentes en aquella Comunidad Autónoma".

Esta jurisprudencia del Tribunal ha sido criticada con dureza por buena parte de la doctrina constitucionalista que ha estudiado la cuestión. De entrada, resulta muy cuestionable que las barreras electorales, en este caso la del 30 por ciento a nivel insular, se justifiquen por su capacidad para asegurar la representación de las diversas zonas del territorio. Además, el Tribunal desarrolla sus argumentos desde una ambigüedad calculada y no concreta cuál es límite constitucionalmente tolerable de las barreras electorales: según sus propias palabras, "no ha elevado a categoría un determinado porcentaje numérico". Problema que el Tribunal, como se verá en el siguiente apartado dedicado a la jurisprudencia relativa al sistema electoral de Castilla-La Mancha, ha decidido seguir evitando con posterioridad. De modo que el Tribunal Constitucional español no ha encarado aún el problema y, por tanto, no ha precisado cuáles son los eventuales límites constitucionales de las cuantías de las barreras electorales, tal y como hiciese,

por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán al señalar el 5 por ciento como estándar de referencia.

2. La jurisprudencia sobre el sistema electoral de Castilla-La Mancha

Merece la pena dedicar un apartado a analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español respecto a la reforma electoral de Castilla-La Mancha de 2014, pues se trata de un ejemplo magnífico de la deferencia del Alto Tribunal español respecto a lo que cabría entender como excesos del legislador en materia electoral.

Tras los recursos de inconstitucionalidad presentados por senadores del PSOE, el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre esta reforma electoral en la STC 197/2014, de 4 de diciembre, (contra la reforma del Estatuto de Autonomía que estableció una horquilla de entre 25 y 35 diputados autonómicos para el Parlamento regional) y en la STC 15/2015, de 5 de febrero, (contra el artículo 16 de la Ley 4/2014, que fijaba finalmente en 33 el número de diputados autonómicos).

Respecto a su interpretación del principio de representación proporcional en materia de sistemas electorales, el Tribunal apenas innovó en su doctrina. En ambas sentencias, que son prácticamente idénticas tanto en lo que se refiere a los argumentos esgrimidos por los recurrentes como en los razonamientos desplegados por el Tribunal, éste rechaza la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, pues entiende que la reducción del número de diputados autonómicos que lleva a cabo el Estatuto de Autonomía –y que concretiza la ley electoral– no vulnera la exigencia constitucional de que el sistema electoral sea de representación proporcional (art. 152.1 CE). Y, como consecuencia de lo anterior, tampoco se habrían visto vulnerados ni el derecho fundamental a acceder a los cargos representativos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), ni el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 CE).

Sin embargo, a mi modo de ver, esta reforma del sistema electoral de Castilla-La Mancha puede resultar problemática, en términos jurídico-constitucionales, desde una perspectiva que el Tribunal no llega a explorar lo suficiente en estas sentencias: los altos umbrales efectivos que se producen por la baja magnitud de las distintas circunscripciones. Es verdad que el Tribunal reconoce la existencia de una relación entre el tamaño de las circunscripciones y la proporcionalidad. Acepta, así, que una reducción del número de escaños a repartir en cada provincia "no favorece, sino más bien al contrario, la mayor proporcionalidad del sistema electoral de que se trate". No obstante, da la sensación de que en estos pronunciamientos el Tribunal Constitucional peca de un exceso de formalismo cuando rechaza la existencia de lo que los recurrentes califican como "desmedida barrera electoral". En este punto, el Tribunal considera que eso que los recurrentes denominan barrera electoral no dejan de ser "hipotéticos umbrales porcentuales para la obtención, según varios 'escenarios' que anticipan, del último escaño en liza". Es cierto que la barrera electoral o cláusula de exclusión, tal y como afirma

el Tribunal, es "la fijación normativa de un determinado porcentaje de sufragios para acceder a la fase de distribución o adjudicación de escaños". Siguiendo esa lógica, debe coincidirse con el Tribunal en que ni la reforma estatutaria ni la ley electoral modifican formalmente la barrera electoral del 3 por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción, establecida por la Ley electoral de Castilla-La Mancha. Como también es verdad que los hipotéticos umbrales porcentuales para la obtención del último escaño en liza en cada circunscripción dependen, entre otros factores, "del número de candidaturas que lleguen a concurrir y de la mayor o menor concentración o dispersión sobre ellas del futuro sufragio de los electores" (STC 197/2014, FJ 7).

Sin embargo, a pesar de que los recurrentes no estuvieron acertados al emplear el término «barrera electoral» cuando en realidad se referían a «umbrales efectivos», eso no impide que el Tribunal Constitucional pudiese haber realizado un control de constitucionalidad sobre los altos umbrales efectivos generados por la reforma electoral, que podrían vulnerar el mandato de proporcionalidad del art. 152.1 CE. Insisto en que existía un concepto –el de umbral efectivo– y una fórmula para su cálculo –la propuesta por el politólogo Arend Lijphart– que permitían pronosticar de una manera aproximada cuál iba a ser ese porcentaje de sufragios. Si el Tribunal Constitucional hubiese hecho las correspondientes operaciones, habría comprobado que el porcentaje de votos que cualquier partido iba a tener que reunir para aspirar a obtener representación iba a fluctuar entre el 7,8 por ciento de los votos en Toledo y el 13,3 por ciento en Cuenca y Guadalajara.

Como argumento en descargo del Tribunal Constitucional podría decirse que, cuando se dictaron las SSTC 197/2014 y 15/2015, el Tribunal no podía saber con exactitud con qué porcentaje de votos se iba a poder obtener un escaño en cada una de las provincias. Como el propio Tribunal razonaba en las sentencias, en función de cómo se concentrase o dispersase el voto entre los distintos partidos, los porcentajes podían fluctuar ligeramente. Empero, ese argumento se desvanece cuando se atiende a los porcentajes de votos con los que, en las primeras elecciones autonómicas tras la reforma, las de 2015, los partidos consiguieron el último escaño en liza en cada una de las cinco provincias: 8,8 por ciento en Toledo; 9,3 por ciento en Ciudad Real; 11,3 por ciento en Albacete; 13,8 por ciento en Cuenca; y 14,6 por ciento en Guadalajara. Como se puede comprobar, los porcentajes reales que en las elecciones hubieron de alcanzar los partidos para obtener representación en cada una de las provincias, sólo se alejaron unas pocas décimas de las cifras que se obtenían de antemano aplicando la fórmula propuesta por Lijphart.

En términos prácticos, esto supuso que el legislador autonómico, pese a mantener la barrera legal en el 3 por ciento, había realizado una distribución de escaños que, dada la baja magnitud de las circunscripciones, implicaba que los partidos iban a necesitar obtener más de un 8 por ciento de los votos en las circunscripciones donde era más sencillo obtener el primer escaño. Esto es algo que el Tribunal Constitucional estaba en condiciones de haber sabido en el momento de dictar

sus sentencias. Algo que, por cierto, también podría haber deducido el Tribunal en caso de haber consultado los debates parlamentarios que acompañaron a la reforma, en los que los grupos críticos con la reforma y potenciales damnificados habían reprochado a sus impulsores.

Así pues, con independencia del *nomen iuris*, resulta innegable que con la disminución de escaños se había endurecido notablemente las posibilidades para obtener un escaño en todas las circunscripciones, del mismo modo que si se hubiera incrementado la barrera legal en todas ellas. A mi juicio, volvía a pecar de formalista el Tribunal cuando afirmó que "no cabe achacar a la Ley designios o resultados discriminatorios sobre la base, a todas luces insuficiente, de pronósticos o conjeturas de futuro extraídos de unos hipotéticos «escenarios» de distribución del sufragio aún por venir, útiles, acaso, para la sociología electoral, pero poco decisivos, en tanto que simples estimaciones de probabilidad, para dar lugar al enjuiciamiento de una ley" (STC 197/2014, FJ 5).

Por ello, avanzando en la argumentación, y asumiendo que el Tribunal Constitucional estaba en condiciones de manejar las cifras que acabo de exponer, la situación habría exigido, a mi modo de ver, que el Tribunal hubiese enjuiciado la reforma electoral en cuestión a la luz de su propia jurisprudencia en materia de barreras electorales, a pesar de que formalmente la barrera legal permaneciese intacta tras la reforma.

Respecto a la jurisprudencia constitucional en materia de barreras electorales, cabe señalar que el Tribunal ha reiterado en varias ocasiones que "nuestra Constitución se inspira en un principio de racionalización de la forma parlamentaria de Gobierno" (STC 16/1984, de 6 de febrero). Es, por tanto, en esta lógica de parlamentarismo racionalizado donde debe buscarse el fundamento de las barreras electorales. Con ellas, se trata de evitar "la atomización de la representación política", de modo que "la representación de los electores no sea en exceso fragmentaria, quedando encomendada a formaciones políticas de cierta relevancia". Esos objetivos se justifican teniendo en cuenta que "el proceso electoral, en su conjunto, no es sólo un canal para ejercer derechos individuales, sino que es también (...) un medio para dotar de capacidad de expresión a las instituciones del Estado democrático y proporcionar centros de decisión política eficaces y aptos para imprimir una orientación general a la acción de aquél" (STC 75/1985, de 21 de junio, FJ 6).

Una vez explicitada la función que, según nuestro Alto Tribunal, ostentan las barreras electorales, es necesario recordar que, en la STC 225/1998, el Tribunal consideró que una barrera del 6 por ciento a nivel autonómico no era incompatible con la Constitución. Pues bien, lo cierto es que los umbrales efectivos tras la reforma electoral de Castilla-La Mancha superan con creces ese porcentaje del 6 por ciento. Aunque, como sabemos, el Tribunal no ha elevado a categoría un determinado porcentaje numérico, habría resultado pertinente que, cuando

menos, hubiera afrontado el problema de los umbrales efectivos y hubiera reflexionado sobre si su cuantía resultaba admisible en términos constitucionales.

Lamentablemente, el Tribunal, en sus SSTC 197/2014 y 15/2015, se mantuvo en una línea excesivamente deferente con el legislador autonómico, empleando un canon de constitucionalidad laxo en relación con la exigencia de proporcionalidad. Es por ello por lo que, a mi modo de ver, el Tribunal Constitucional desaprovechó la oportunidad de hacer valer su doctrina en materia de barreras electorales ante un sistema electoral que exige un porcentaje de votos elevado, difícilmente franqueable por terceros partidos, incluso con un apoyo electoral considerable, y que, en definitiva, poco tiene que ver con el propósito de evitar cierta fragmentación dentro de una lógica de parlamentarismo racionalizado.

VI. CONCLUSIONES

En este artículo he prestado atención al papel desempeñado por los tribunales respecto a los sistemas electorales. Se trata de unos actores poco analizados en la literatura que estudia las reformas electorales y a los que se les atribuía un papel apenas relevante en los procesos reformistas. Sin embargo, la mayoría de los casos estudiados, excepto el español, obliga a revisar esos planteamientos, en la medida en que encontramos varios e importantes ejemplos de reformas electorales desencadenadas directa o indirectamente por decisiones judiciales.

En efecto, España se desviaría de la pauta observada en el resto de los países estudiados, debido a que el Tribunal Constitucional español ha adoptado una posición considerablemente deferente hacia el legislador. La jurisprudencia dictada por el Tribunal con relación a los sistemas electorales de al menos dos comunidades autónomas (Canarias y Castilla-La Mancha) ejemplifica su actitud permisiva, bien hacia reformas que crean barreras electorales elevadas y cuyo ámbito de aplicación es superior al de las circunscripciones, bien hacia reformas que reducen drásticamente el tamaño del Parlamento y con ello la magnitud de las circunscripciones, generando elevados umbrales efectivos. Esta actitud se puso de manifiesto en la sentencia del Tribunal Constitucional 225/1998 con relación al sistema electoral canario, y en sus sentencias 197/2014 y 15/2015 con relación al sistema electoral castellanomanchego. Sus pronunciamientos destacan por la laxitud del control efectuado por el Tribunal, la indeterminación o ambigüedad calculada con la que encara el asunto de los límites en la cuantía de las barreras electorales, la endeblez de su justificación de las barreras apoyándose en argumentos basados en la representatividad territorial o en el hecho insular o, en fin, su renuncia a realizar un control más incisivo sobre las implicaciones que la reducción de la magnitud de las circunscripciones podía llegar a tener sobre el porcentaje de votos que los partidos iban a necesitar para poder obtener representación.

El Tribunal Constitucional ha adoptado, pues, una posición extremadamente respetuosa con los diseños electorales efectuados por los legisladores, en lo que cabe interpretar como una estrategia de deferencia judicial. Con esta doctrina, el Tribunal ha lanzado el mensaje de que el diseño y reforma de los sistemas electorales autonómicos es un asunto prácticamente exento de límites jurídicos, y en el que, excepto establecer sistemas electorales mayoritarios, los legisladores autonómicos disfrutan de un margen de libertad prácticamente absoluto. Es una posición que, a mi juicio, no está exenta de riesgos, al tratarse los sistemas electorales de reglas que corren el riesgo de ser manipuladas estratégicamente por los partidos en el poder, como se ha constatado en la experiencia política comparada y como ilustro con abundantes ejemplos a lo largo de mi tesis.

La jurisprudencia española contrasta así con la observada en los otros tres países estudiados. En Alemania, sus tribunales y, en especial, el poderoso e influyente Tribunal Constitucional Federal, han intervenido de manera creciente en un terreno tradicionalmente reservado a las instancias políticas. En virtud del principio de igualdad de sufragio, los tribunales alemanes han determinado la sustitución de la fórmula D'Hondt por otra más equitativa, la limitación de la cuantía de las barreras electorales, su eliminación hasta en dos ocasiones para las elecciones al Parlamento Europeo o el cuestionamiento de los escaños excedentes no compensados que podían generar un valor del voto inverso.

En Bélgica también hay ejemplos de intervenciones judiciales decisivas en materia electoral. En 2003, el Tribunal de Arbitraje (el actual Tribunal Constitucional), obligó a dividir la polémica circunscripción de Bruselas-Halle-Vilvoorde, desencadenando un conflicto político entre flamencos y valones que no se resolvería hasta nueve años después, en el marco de la importante «Sexta Reforma del Estado». Más recientemente, el Tribunal Constitucional belga determinó que Valonia debía modificar el trazado de sus circunscripciones de cara a sus elecciones regionales de 2019 para evitar que ningún distrito tuviese menos de 4 escaños, pues, a juicio del Tribunal, por debajo de ese número se desvirtuaba la proporcionalidad en el reparto de escaños.

Ahora bien, si hay un país que destaca por el activismo judicial en esta materia, ese es Italia. En sus sentencias 1/2014 y 35/2017, la Corte Constitucional abandonó su tradicional actitud deferente hacia el legislador electoral y declaró inconstitucionales aspectos nucleares de dos sistemas electorales nacionales: los llamados *Porcellum* e *Italicum*. Si en el primer caso consideró contrarios a la Constitución italiana el premio de mayoría sin umbral para su concesión y las listas cerradas y bloqueadas con un gran número de candidatos, en el segundo la Corte rechazó la segunda vuelta electoral sin exigencia de un porcentaje mínimo de votos y la posibilidad de candidaturas múltiples. Con esas intervenciones, que tuvieron un innegable impacto sistémico, el Alto tribunal italiano desvirtuó la naturaleza y mecánica de los sistemas electorales originales y desencadenó procesos de reforma electoral debido a la presión generada en las élites partidistas para aprobar nuevas leyes electorales (*Italicum* y *Rosatellum*),

que sustituyeran los sistemas electorales que, de alguna forma, habían quedado desfigurados tras las respectivas sentencias.

En definitiva, estas decisiones judiciales en importantes países europeos evidencian el papel cada vez más activo asumido por los tribunales en los procesos de reforma electoral. Los Altos Tribunales de países como Alemania, Italia o Bélgica, a los que podría sumárseles los de otros países europeos como Francia, Hungría o Eslovenia, han establecido límites jurídicos a los sistemas electorales nacionales y regionales a través del control de constitucionalidad de las leyes electorales. Así, a partir de la Segunda Guerra Mundial, y especialmente con el cambio de siglo, los tribunales estarían comenzando a sentirse legitimados para poner límites al margen de actuación de los legisladores a la hora de diseñar los sistemas electorales en virtud de principios como el de proporcionalidad, libertad o igualdad del sufragio. Por tanto, lejos de ser considerados como meros actores con poder de veto, por su capacidad para obstaculizar las reformas, los tribunales pueden también estimular el cambio de sistema electoral de forma indirecta (declarando inconstitucional una reforma previa) o incluso de forma directa (exigiendo modificaciones electorales y emplazando al legislador a ello). Esto demuestra cómo la eficacia normativa de los principios constitucionales continúa avanzando y, mediante tribunales cada vez más activistas, alcanza ahora a una parcela del ordenamiento jurídico con evidentes aristas políticas.

Las implicaciones de esta constatación son relevantes. La predisposición de los tribunales a intervenir sobre instituciones que inciden de forman tan clara en la distribución del poder político exige tomarles en consideración como un posible actor más en los procesos de reforma electoral: las reformas electorales no solo –o no siempre– quedan en manos de las negociaciones entre los partidos. Esto supone la concesión de un mayor poder a las minorías políticas, en la medida en que la existencia de tribunales activistas puede alentarles a recurrir judicialmente sistemas y reformas electorales a los que se oponen, alegando una posible vulneración de algún derecho fundamental (especialmente el de sufragio) o algún principio constitucional (proporcionalidad, igualdad o libertad de sufragio). Una lectura optimista de este mayor activismo podría consistir en que los tribunales pueden actuar como institución contramayoritaria frente a reformas abusivas en los que una mayoría política coyuntural trata de manipular las reglas electorales en su propio beneficio. Una lectura más pesimista, en cambio, pondría en entredicho la legitimidad de los tribunales para decidir sobre el diseño de las reglas electorales, por considerarlo una suplantación de los representantes y partidos democráticamente elegidos a los que legítimamente correspondería determinar las normas que van a regular su propia competición electoral.

¿Le está prohibido al legislador reintroducir en el ordenamiento jurídico normas declaradas inconstitucionales?: Ámbito y problemática de la respuesta del legislador en España

Francisco Ortega Candela

Doctor por la Universidad de Murcia

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico 20 años

SUMARIO:

I. Introducción
II. La respuesta del legislador en contexto: el debate en torno a la objeción contramayoritaria
III. La supremacía de la Constitución española
IV. Ordenar el caos: la potestad legislativa de las Cortes Generales
V. Una re(construcción) en torno a los efectos generales de las sentencias del Tribunal Constitucional
VI. ¿Puede el legislador reiterar una ley declarada inconstitucional?
VII. A modo de conclusión: la eficacia del veto a la respuesta del legislador

NOTA BIOGRÁFICA:

Francisco Ortega Candela es licenciado en Derecho por la Universidad de Murcia, obtuvo un Máster Universitario en Especialización e Investigación en Derecho en la Universidad de Murcia en 2014 y fue Doctor Cum Laude por la Universidad de Murcia en 2020. Ha ejercido como abogado desde el año 2013, actividad que en la actualidad compagina con la docencia en el área del Derecho Penal.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la investigación que desarrollé para la obtención del grado de doctor tiene un origen muy concreto: la lectura de un interesante artículo publicado en la Revista Española de Derecho Constitucional por el jurista Viver I Pi-Sunyer y gráficamente titulado: «Los efectos vinculantes de las sentencias del tribunal constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales?»

Publicado a principios del año 2013, el artículo recogía el testigo del debate suscitado en España en torno al Estatuto de Cataluña del año 2006 y su posterior impugnación ante el Tribunal Constitucional, resuelta en la famosa STC 31/2010. Como bien señalaba Viver I Pi-Sunyer, numerosos artículos del Proyecto de lo que después fue el Estatut de Catalunya se apartaban de forma clara y evidente de la doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional. Así las cosas, se trataba de dilucidar si este apartamiento de la doctrina del Alto Tribunal por parte del legislador catalán era una operación legítima. Por un lado, podía defenderse que el Tribunal Constitucional vincula a todos los poderes públicos -la constitución dice lo que los jueces dicen que dice- sin que haya lugar a contradecir las decisiones del órgano que ha sido llamado a controlar la constitucionalidad de las leyes, lo que sería tanto como contradecir a la propia Constitución española. Por

otro lado, podía argumentarse que la vinculación del legislador a la doctrina del Tribunal Constitucional no puede ser total, a riesgo de acabar petrificando el ordenamiento, sino que es deseable que quepa la oportunidad de propiciar una nueva interpretación de la Constitución.

La cuestión me sedujo de inmediato por su carácter límite, puesto que se trataba de dilucidar si, la operación que realizaba el Tribunal Constitucional al expulsar una disposición, era de carácter definitivo o, por el contrario, si existía un resquicio para que el legislador pudiera insistir en su solución normativa. Decidí que bien merecía la pena dedicar mis esfuerzos a intentar dar respuesta a una cuestión de tal importancia. No tarde en darme cuenta de que su complejidad trascendía en mucho a los aparentemente sencillos términos en que se establecía. Dar una respuesta técnica, rigurosa y centrada en el ordenamiento jurídico español, iba a requerir reformular la pregunta que el profesor Viver I Pi- Sunyer se hacía en el título de su artículo.

En primer lugar, consideré inexcusable comenzar con el análisis del contexto teórico en el que se plantea la posibilidad de que el legislador pueda legítimamente combatir la declaración de inconstitucionalidad de una ley mediante su reiteración. Este contexto es el que ofrece la conocida y ya larga polémica en torno a la llamada objeción contramayoritaria, que cuestiona la legitimidad democrática de los instrumentos con que usualmente se pretende asegurar la supremacía de las constituciones: su rigidez y el control de constitucionalidad de las leyes; a ellos se les opone, como alternativa más respetuosa con la democracia, la prevalencia del legislador a través de la no limitación de las decisiones mayoritarias. Este debate tenía para nosotros, por tanto, capital importancia: nos ofrecía un contexto abstracto en el que analizar la relación entre legislador y Tribunal Constitucional como un conflicto de interpretaciones de la Constitución y su relación con la democracia liberal.

En segundo lugar, no menos inexcusable era la necesidad de, una vez explorado el ámbito teórico, aplicar las conclusiones extraídas a la realidad del concreto ordenamiento jurídico español. Sobra decir que el panorama que se abría era de una complejidad creciente. Premisa básica era establecer los términos en que la Constitución española proclamaba su propia supremacía: los tajantes términos en que se expresa el artículo 9.1 de nuestra Carta Magna, el establecimiento de un procedimiento agravado de reforma del texto y la creación de un tribunal llamado a controlar que las leyes no se aparten de las disposiciones constitucionales, podrían llevarnos a la temprana conclusión de que el legislador tiene que atenerse a lo decidido por el Alto Tribunal, teniendo que optar obligatoriamente por la vía de la reforma constitucional si quiere insistir en su propia interpretación. Sin embargo, aun teniendo en cuenta el encaje de nuestro Texto Fundamental en el llamado constitucionalismo fuerte, era necesario profundizar en la cuestión, analizar una por una las distintas caras de la función legislativa y el control de constitucionalidad de las leyes, así como la relación entre sus órganos titulares.

Por un lado, el legislador, en cuanto representante del pueblo, es el órgano llamado a desarrollar primariamente la Constitución, posición de la que cabría extraer dos notas: el monopolio normativo del que disfruta, y la libertad de configuración en la interpretación del Texto Fundamental. Sin embargo, la complejidad del ordenamiento español, trufado de tipos normativos y de distintos centros de decisión -legisladores estatal y autonómico, el poder ejecutivo mediante la legislación de urgencia…-, nos advertían asimismo de que la respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad necesitaba de una previa identificación y fijación de quien es el legislador y cuando se puede considerar que está respondiendo a la inconstitucionalidad de una ley.

Por lo que hacía al Tribunal Constitucional, la situación no era menos compleja. Como es sabido, son tres los efectos que se anudan a las sentencias del Tribunal Constitucional: cosa juzgada, efectos *erga omnes* y efecto vinculante. El artículo de Viver I Pi-Sunyer se centraba únicamente en el efecto vinculación, tratando la cuestión como un problema de adecuación de la ley a la doctrina constitucional, y llegando a una conclusión bastante lógica desde los términos en que partía: en un sistema de *civil law* como el nuestro, no cabe dotar a la doctrina de un tribunal, siquiera el Constitucional, de un alcance impropio que obligara insoslayablemente al legislador. Pero, aun así: ¿qué ocurría con los plenos efectos frente a todos que la propia Constitución predica de las sentencias del Tribunal Constitucional? Expulsada con efectos generales una norma del ordenamiento por su contradicción con la Constitución, ¿no supondría su reiteración un desconocimiento de la inconstitucionalidad y nulidad declarada? Y yendo más allá, ¿no supondría un quebranto de la supremacía de la propia Constitución?

La tensión entre Tribunal Constitucional y legislador había sido un tema muy tratado por la doctrina, pero no tanto desde este punto de vista, que se encontraba ciertamente ayuno de obras que lo hubieran abordado monográficamente. Con la investigación que emprendí, se me ofreció una oportunidad excepcional para señalar los quiebros de la teoría crítica en torno al control de constitucionalidad de las leyes, así como de profundizar tanto en el modelo de justicia constitucional que tiene nuestro país, como en la significación concreta de los efectos que la Constitución otorga a las sentencias del Tribunal Constitucional.

Aunque la cuestión en torno a la capacidad del legislador para reiterar preceptos declarados inconstitucionales había quedado ciertamente relegada desde su ya mencionado despunte durante el recorrido parlamentario y judicial del Estatuto de Cataluña, tuvo un importante resurgir al hilo de ciertos acontecimientos políticos que se produjeron casi en paralelo a mi investigación. Me refiero, como puede fácilmente adivinarse, al llamado proceso soberanista de Cataluña, que ha propició situaciones inéditas y de gran impacto para mi trabajo.

La aprobación por parte del Parlamento catalán, en el año 2014, de la Ley de consultas de Cataluña, posteriormente declarada inconstitucional, fue el inicio de una crisis cuyas consecuencias se pueden rastrear hasta la actualidad. En 2015, las Leyes Orgánicas 12/2015, de 22 de septiembre y 15/2015, de 16 de octubre, introdujeron el recurso previo de inconstitucionalidad -contra Proyectos de Estatutos de Autonomía y contra Propuestas de Reforma de Estatutos de Autonomía- y reformaron el régimen de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional, en un claro movimiento tendente a reforzar la posición de este órgano. No tardó el Alto Tribunal en tener que hacer uso de sus reforzadas potestades de ejecución. Aparte de las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes y resoluciones que apostaron por la vía del referéndum de autodeterminación, se ha hecho un uso extenso del procedimiento de ejecución de sentencias para anular actos parlamentarios sin rango de ley que contravenían lo dispuesto por el Tribunal Constitucional. A ello hay que añadir una ya constante jurisprudencia, sentada en procedimientos de amparo, en los que se estima que la admisión, por parte de la mesa de un parlamento, de un acto manifiestamente inconstitucional, puede vulnerar el *ius in officium* de los parlamentarios. Claro está, esto dibujaba un mapa nuevo que afectaba de lleno a mi investigación.

En fin, tan importante era para mí hacer un riguroso análisis de las distintas piezas del puzle, como ofrecer unas conclusiones que fueran de utilidad a la hora de afrontar tan delicada cuestión. Adelanto aquí que mi trabajo responde negativamente a la pregunta que se hizo Viver I Pi-Sunyer: el legislador no puede reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales. Ahora bien, esa prohibición sólo opera cuando se dan una serie concreta de requisitos. Mi trabajo está dirigido a establecer esos requisitos y las herramientas de las que dispone el Tribunal Constitucional para hacer efectiva su voluntad. A exponer las principales líneas de esta investigación voy a dedicar las próximas páginas, con la esperanza de que despierten la curiosidad del lector.

II. LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR EN CONTEXTO: EL DEBATE EN TORNO A LA OBJECIÓN CONTRAMAYORITARIA

Como ya hemos adelantado en la introducción, el marco teórico de la investigación lo compone la llamada «objeción» o «dificultad contramayoritaria», expresión ideada por Bickel, y que engloba dos cuestiones distintas pero interrelacionadas. La primera de ellas hace referencia a las restricciones a la capacidad decisoria de la mayoría legislativa provocadas por los procedimientos reforzados de reforma constitucional, que acaban provocando una desigualdad en el valor del voto y favoreciendo el *statu quo*. La segunda apunta ya directamente al poder de revisión judicial y se pregunta por qué los jueces, en el marco de una constitución rígida, están autorizados a vetar de manera definitiva las leyes.

Dos de los rasgos más importantes del moderno constitucionalismo son puestos en duda. La rigidez constitucional se ve enfrentada así a una objeción formulada en términos de reivindicación de la toma de decisiones por la mayoría parlamentaria. Y el control de constitucionalidad de las leyes es visto como un poder exorbitante, reclamándose que la interpretación definitiva de la constitución se haga por el poder político ordinario y no por unos jueces que, ni responden ante el pueblo, ni han sido elegidos por él.

La importancia capital de la objeción contramayoritaria es, pues, el haber proporcionado las bases teóricas para un movimiento que propugna un retroceso de la constitución en favor de las leyes. Un movimiento que apela a la contención y cuya repercusión fáctica no se ha visto tanto en un efectivo rechazo a las figuras de la rigidez constitucional y la revisión judicial, como en el continuo cuestionamiento de los límites, alcance y modo en que se debe ejercer esta última.

El debate teórico en torno a esta cuestión es inabarcable, y son muchas las razones que se han dado en defensa, tanto de las bondades de la objeción contramayoritaria, como de las del constitucionalismo fuerte o rígido. Pero lo que aquí más importa es su utilidad como marco teórico desde el que abordar las relaciones entre legislador y Tribunal Constitucional.

Y es que, en este sentido, la respuesta legislativa no es sino un mecanismo con el que se pretende legitimar la labor de los jueces constitucionales en modelos de constitucionalismo fuerte. Así, en el contexto de una constitución rígida la anulación de una ley por parte del Tribunal Constitucional aboca inevitablemente al legislador al procedimiento de reforma constitucional, provocando una petrificación del ordenamiento y la prevalencia del *statu quo.* Es por todo ello, se defiende, que debería admitirse la posibilidad de que el legislador ordinario apruebe una ley de contenido idéntico o similar al de otra norma que fue invalidada, provocando así una segunda ronda de debate ante los jueces y un eventual cambio en su jurisprudencia. Sin embargo, como ya se ha adelantado, esto no es sino el marco teórico; una formulación de la cuestión, sin duda sugerente, pero que no debe llevar a conclusiones precipitadas, sin antes analizar en profundidad el ordenamiento jurídico español.

III. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La supremacía de la Constitución española viene explicitada en su artículo 9.1, donde se dice: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». De este precepto se extrae la plena normatividad del Texto Fundamental y su posición de supremacía dentro del ordenamiento jurídico. El primero de los mecanismos con que se pretende el aseguramiento de la supremacía constitucional es su

rigidez, entendida como la imposibilidad de que el legislador ordinario pueda modificar la Constitución. De especial importancia para el desenvolvimiento normativo del Estado es el poder legislativo, que se otorga primariamente a las Cortes Generales y a los Parlamentos autonómicos. Junto a estos poderes se establece un órgano que aglutina toda la soberanía normativa, el poder de reforma constitucional en su modalidad más agravada (art. 168 CE), y que carece de limitaciones materiales. El establecimiento de esta posibilidad de reforma íntegra de la Constitución es, por un lado, la juridificación más congruente con la idea de soberanía y, por otro lado, la clave con la que entender los límites con que operan los poderes ordinarios.

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional. La Constitución es la formalización de la voluntad del poder constituyente y «el pueblo soberano, concebido como la unidad ideal de imputación del poder constituyente, ratificó en referéndum el texto acordado previamente por sus representantes políticos». De modo que «la primacía incondicional de la Constitución es la garantía de la democracia tanto por su fuente de legitimación y por su contenido, como por la previsión misma de procedimientos para su reforma» (STC 259/2015, FJ 5). En definitiva, el poder constituyente español optó por conceder la capacidad última de toma de decisiones colectivas al poder de reforma constitucional, al que quedan sometidos el resto de poderes, legislador y Tribunal Constitucional incluidos, operando como verdadero cierre del sistema.

El segundo de los mecanismos con que nuestro Texto Fundamental se dota para asegurar su supremacía es el control de constitucionalidad de las leyes.

Pues bien, de la simple constatación de que la Constitución española ha establecido un tribunal que realiza un juicio sobre la compatibilidad de la ley con la Constitución, unido a la supremacía sin excepciones de este texto, podría parecer derivarse, sin más, el hecho de que la inconstitucionalidad de una ley debidamente declarada por el mencionado tribunal deviene definitiva: las decisiones del órgano llamado por la Constitución a expulsar del ordenamiento las leyes que la contradicen deben respetarse, siendo la respuesta del legislador tanto como contradecir la propia Constitución, a riesgo de dejar en papel mojado el puesto que este mismo texto otorga al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla y, como ya he adelantado en la introducción, si se quiere saber si la respuesta del legislador tiene o no cabida en nuestro ordenamiento, se debe profundizar en la configuración de las funciones legislativa y de control de constitucionalidad de las leyes.

IV. ORDENAR EL CAOS: LA POTESTAD LEGISLATIVA DE LAS CORTES GENERALES

Legislador y Tribunal Constitucional son los dos órganos en contienda cuando se trata de saber si puede reiterarse una ley declarada inconstitucional. En pocas palabras, la operación sería la siguiente: el legislador aprueba una ley, posteriormente el Tribunal Constitucional la anula, y el legislador decide reiterar la ley anulada, es decir, aprueba otra con el mismo contenido. Pero una mera ojeada a la realidad de nuestro ordenamiento demuestra enseguida que nada es tan sencillo.

En nuestro ordenamiento jurídico no hay un solo legislador. La potestad legislativa primaria es ejercida tanto por las Cortes Generales como por los parlamentos o asambleas autonómicas. Además, no podemos olvidar que el ejecutivo -estatal y autonómico- puede ejercer también la potestad legislativa en los casos de urgencia o delegación. Y a todo ello hay que añadir la legislación internacional.

Por tanto, nos encontramos ante una compleja tipología de normas con rango de ley que hay que analizar y ordenar si se quiere saber con un mínimo de rigor quién es el legislador y cuando está legislando. En este sentido, la Constitución Española no define directamente la función legislativa, sino que esta debe reconstruirse a partir de los datos básicos que hacen referencia a ella.

En primer lugar, la función legislativa dentro del entramado normativo previsto por la Constitución queda caracterizada por las diversas reservas de ley diseminadas a lo largo de su texto. La importancia de estas reservas no puede entenderse plenamente sin la segunda de las características que define a la función legislativa: su atribución en exclusiva a las Cortes Generales y parlamentos autonómicos. Así es como la reserva de ley ha sido mayoritariamente entendida por la doctrina y la jurisprudencia como una reserva de parlamento. El principio democrático exige que la función legislativa sea ejercida por órganos representativos y legitimados democráticamente por sufragio universal y a ellos les queda reservado en exclusiva el desarrollo de aquellos aspectos que el constituyente ha considerado de mayor relieve. Esta atribución en exclusiva al órgano legitimado democráticamente de manera directa no puede entenderse completa sin la tercera característica de la función legislativa desarrollada por la Constitución: el procedimiento legislativo. Regulado para las Cortes Generales, pero extensible a los Parlamentos autonómicos, establece las bases para otorgar a las distintas Cámaras un control completo en la producción de la ley. La cuarta y última característica de la función legislativa constitucionalmente prevista, y que conecta con las tres anteriores, es su carencia de límites más allá de los expresados por el propio texto de la Constitución, dando lugar a lo que se ha denominado como libertad de configuración del legislador.

Estas cuatro características nos dan una idea de la importancia que para el desarrollo de la Constitución tiene el órgano llamado a ejercer la función legislativa, atribuida en régimen de monopolio a las Cortes Generales y parlamentos

autonómicos. Pero la cuestión puesta de manifiesto al principio de este apartado sigue en pie: ¿hay más legisladores o son estos los únicos?

Pues bien, para resolver esta cuestión hay que preguntarse quién tiene el poder de disposición final sobre el procedimiento legislativo. Y la respuesta es clara: las Cortes Generales y los parlamentos autonómicos. Así ocurre, como es evidente, en la elaboración de las leyes en cualquiera de sus formas. Pero también en la legislación delegada al Gobierno, que solo puede elaborarla mediante delegación expresa de las Cortes. Igual ocurre con la legislación de urgencia, que debe ser ratificada, derogada o tramitada como ley por las Cortes. Y están, en fin, en la legislación internacional, cuya incorporación al ordenamiento español debe pasar, bien por la aprobación de una Ley Orgánica -que será, desde entonces, el acto que legitimará cualquier posterior ejercicio de la potestad legislativa por el órgano al que se le han cedido competencias-, bien por la autorización, sin olvidarnos de la recepción mediante transposición.

En conclusión, legislador serán siempre las Cortes Generales o parlamentos autonómicos, por cuanto a ellos es finalmente imputable el perfeccionamiento de la ley o norma con rango de ley.

V. UNA RE(CONSTRUCCIÓN) EN TORNO A LOS EFECTOS GENERALES DE LAS SENTENCIAS DEL TC

Tres son los efectos que se anudan a las sentencias del Tribunal Constitucional: cosa juzgada, vinculación y efectos *erga omnes*. La importancia de estas tres figuras radica en que, si hay un mandato de no contradecir lo dispuesto en una sentencia del Tribunal Constitucional capaz de vetar la reiteración de una ley, debe necesariamente derivarse de uno de estos tres efectos.

Durante la investigación analicé en profundidad los tres efectos, pero pronto me di cuenta de que la lógica de nuestro modelo de justicia constitucional apuntaba claramente a los efectos generales de las sentencias del Tribunal Constitucional como aquel que, en todo caso, podía tener el potencial de impedir al legislador reiterar una ley declarada inconstitucional.

El modelo de justicia constitucional instaurado en nuestra Carta Magna no es otro que el llamado modelo concentrado. Desde un punto de vista ideal, este modelo se caracteriza por dos notas precisas: en primer lugar, por la centralización del control de constitucionalidad de la ley en un único órgano. En segundo lugar, por la abstracción del juicio que realiza, cuyo objeto directo es siempre la ley en relación con su compatibilidad con la Constitución.

En este modelo la obediencia de los poderes públicos se consigue mediante la anulación de una ley, es decir, a través de un acto –de signo negativo, decía Kelsen– con el que se expulsa una ley del ordenamiento. Por el contrario, en un modelo difuso de control de constitucionalidad de las leyes, la obediencia de los poderes públicos a las sentencias de inconstitucionalidad se busca a través de la vinculatoriedad de la jurisprudencia que sientan, único efecto que en este sistema pueden desplegar, puesto que la ley no queda expulsada del ordenamiento, sino que se interpreta *erga omnes*.

El artículo 164.1 de la Constitución española establece que aquellas sentencias del Tribunal Constitucional «que declararen la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tienen plenos efectos frente a todos». Queda claro, pues, que toda sentencia en que se concluya la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley produce efectos generales. Pero queda pendiente una pregunta: ¿cuál es el alcance concreto de los plenos efectos contra todos que se predican de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma?

Pues bien, de los contundentes términos en que la Constitución española afirma su supremacía, en conexión con la atribución de efectos generales a las decisiones del órgano llamado a efectuar el control de constitucionalidad, se puede extraer una clara conclusión: del Derecho que contradiga la Constitución, en fin, no cabe esperar sino su expulsión por inconstitucional y nulo. A esta conclusión ha parecido llegar también el legislador, al señalar en el artículo 39.1 de la LOTC que cuando una sentencia, en procedimientos de inconstitucionalidad, declare precisamente que un precepto es inconstitucional, declarará igualmente su nulidad. La nulidad es, por tanto, el método ordinario de reparación de las situaciones de inconstitucionalidad de las leyes, que deberá tener, como mínimo, el mismo alcance que estas. El próximo paso consiste, pues, en dilucidad si la Constitución nos permite afirmar que, con la atribución de efectos generales a aquellas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma, ha querido algo más que la expulsión de la norma concreta a través de su nulidad.

Una vez más podríamos aducir, a la vista de lo expuesto hasta el momento, que, afirmada contundentemente la supremacía de la Constitución y teniendo en cuenta que esta ha establecido la figura de un tribunal encargado de declarar y eliminar el Derecho inconstitucional, parece que la lectura más congruente de los efectos generales que producen las sentencias del Tribunal Constitucional es aquella que ve en ellos, también, un mandato al legislador de no reiterar la norma expulsada.

Pero, además, podemos encontrar una disposición constitucional que nos indica que esta es la solución más ajustada. Nos referimos al control previo de tratados internacionales regulado en el artículo 95 de la Constitución. En efecto, el primer ordinal de este artículo, asumiendo plenamente el postulado de la supremacía constitucional, establece que «la celebración de un tratado internacional

que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional». El ordinal segundo establece quién deberá velar por que se cumpla aquella exigencia: «El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción». El proceso que se establece es claro: el Tribunal Constitucional puede ser requerido para declarar si un tratado internacional es inconstitucional; en caso de serlo, ese tratado no puede entrar a formar parte del ordenamiento jurídico español, a no ser que se opere una reforma de la Constitución con la que compatibilizar ambos textos.

Tal y como afirmó el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/1992, de 1 de julio –primera en que se hizo uso del control previo de tratados–, «si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional (art. 95.1 de la Norma Fundamental). De este modo, la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento previsto en su Título X, su primacía, adquiriendo también el tratado, en la parte del mismo que fue objeto de examen, una estabilidad jurídica plena, por el carácter vinculante de la declaración del Tribunal (art. 78.2 de la LOTC), como corresponde al sentido de este examen preventivo».

Se conecta, de manera indudable, la indisponible primacía de la Constitución española con la imposibilidad de que sea ratificado un tratado inconstitucional: de las declaraciones del Tribunal Constitucional se deriva un claro mandato que prohíbe al legislador adoptar un Derecho que se ha reputado contrario al Texto Fundamental. Se trata, por tanto, de un procedimiento que innova el ordenamiento jurídico, no anulando una norma, sino impidiendo su adopción.

En fin, se da en nuestra Constitución un claro entendimiento de su propia supremacía como un mandato de exclusión de todo Derecho que la contravenga. Las sentencias del Tribunal Constitucional que depuran el ordenamiento contienen así en su fallo el mandato de no reiterar o mantener el comportamiento declarado inconstitucional, bajo pena de considerar que tal comportamiento solo se excluye para disposición concreta, pudiendo reingresar en el ordenamiento con solo ser adoptado en un cuerpo legal distinto y soslayando la única solución que la Constitución ha arbitrado para dar acceso al Derecho no conforme con su texto: la reforma constitucional. Esta sería, en definitiva, la última modalidad de eficacia que se predica de los efectos *erga omnes* de las sentencias del Tribunal Constitucional y la base del veto a la respuesta del legislador.

VI. ¿PUEDE EL LEGISLADOR REITERAR UNA LEY DECLARADA INCONSTITUCIONAL?

La conclusión a la que llego en mi tesis, como podrá ya haberse adivinado, es clara: el legislador no puede, en principio, reiterar una ley declarada inconstitucional. Ahora bien, hay que recalcar de nuevo las palabras «en principio», pues todos los mimbres con los que fui componiendo mi trabajo, y que he resumido aquí, iban dirigidos a ofrecer una respuesta rigurosa que enmarcara de la manera más detallada posible el ámbito de esa delicada prohibición que recae en el legislador.

Para ello se debían fijar adecuadamente las tres vertientes que conformaban el veto a la respuesta del legislador. En primer lugar, el objeto del veto, conformado por dos aspectos: los actos sobre los que puede recaer el veto y las conductas vetadas. En segundo lugar, el presupuesto del veto, es decir, las resoluciones del Tribunal Constitucional que pueden dar lugar al veto y que, por tanto, actúan como premisa necesaria. Y, en tercer lugar, el sujeto del veto. Vamos a pasar a desarrollar algo más detenidamente estos elementos.

1. El objeto del veto: normas con rango de ley y actos parlamentarios sin rango de ley

En consonancia con la atribución a las Cortes Generales y parlamentos autonómicos del monopolio de la producción legislativa, objeto del veto serán todas aquellas normas con rango de ley que emanen del legislador español y que contengan una respuesta a una declaración de inconstitucionalidad en los términos que enseguida veremos. Estos serán los actos normativos cuya producción quedará vetada para el legislador. Pero hay que abordar también dos cuestiones: la posibilidad de que sean también objeto del veto la reforma constitucional y algunos actos parlamentarios sin rango de ley que pueden, sin embargo, producir efectos jurídicos.

Por lo que hace a la primera cuestión, hay que advertir que la posibilidad de reforma total de la Constitución actúa como cierre del sistema. Esto se entiende aún mejor si se pone en relación con el veto a la respuesta del legislador, que opera precisamente como la garantía de que se respetarán las decisiones del Tribunal Constitucional, órgano llamado a hacer valer la separación entre poder legislativo y poder de reforma constitucional, y señalando cuándo el cauce que hay que seguir deberá ser esta última.

Por tanto, cuando la Constitución apodera a las Cortes Generales para reformarla no está llamando al órgano que hace las leyes, sino al órgano que aglutina la soberanía nacional y que la ejerce empleando el poder de reforma, es decir, la capacidad de crear normas constitucionales. Por ello, la reforma constitucional no puede ser objeto del veto a la respuesta del legislador, puesto que en puridad ya no estamos frente al legislador, sino frente al poder de reforma constitucional.

Por lo que hace a la segunda de las cuestiones, hay dos razones que obligan a plantear la posibilidad de que el legislador responda a una declaración de inconstitucionalidad a través de actos sin rango de ley.

En primer lugar, el procedimiento legislativo no está comprendido por una única fase, sino que se divide en una serie de otros procesos que dan lugar a actos parlamentarios específicos. En segundo lugar, el Parlamento no solo produce leyes en uso de su función legislativa, sino que también puede aprobar disposiciones o actos sin rango de ley, que pueden tener una clara influencia en aquella primera función. ¿Se puede dar una respuesta del legislador a través de alguna de estas disposiciones o actos sin rango de ley?

En lo que respecta a los distintos actos que forman parte del procedimiento legislativo, parece claro que a su través puede darse una respuesta del legislador. Ya sea mediante el ejercicio de la iniciativa legislativa o de la facultad de enmienda, se pueden introducir en el debate parlamentario contenidos que vengan a reiterar o dar efectos a una norma que haya sido declarada inconstitucional. Pero lo importante aquí no es tanto esa capacidad de vehiculizar una respuesta del legislador, por cuanto la futura norma no está conclusa, como la cuestión de si dichos actos tienen una relevancia suficiente como para considerar que tal respuesta tiene siquiera una mínima eficacia.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su Auto 135/2004, de 20 de abril, afirmó que los «actos de tramitación insertados en un procedimiento parlamentario, sólo despliegan efectos *ad intra* de ese procedimiento en tanto éste no concluya con la aprobación de la norma que a su través pretende generarse» (FJ 8). Por tanto, una eventual inconstitucionalidad de estos actos parlamentarios solo sería relevante en caso de concluir con una resolución, disposición o acto que se integre en el ordenamiento jurídico; cuestión que se deberá verificar en el juicio de inconstitucionalidad que en su caso se inste.

Pero, a renglón seguido, establece una excepción: la eventual inconstitucionalidad de los actos parlamentarios sí será relevante, aun cuando el procedimiento en el que se insertan no haya finalizado, en caso de que produzcan «una lesión inmediata de derechos fundamentales de los sujetos legitimados para participar en el procedimiento» (FJ 8). Control que deberá verificarse por la vía del recurso de amparo.

En efecto, el hecho de que los mencionados actos parlamentarios se inserten en un procedimiento mayor cuyo perfeccionamiento es aún incierto no los convierte en inocuos. Es a su través, precisamente, que el legislador puede introducir en el debate parlamentario una respuesta a una declaración de inconstitucionalidad. En este sentido, y como tendremos oportunidad de ver en el último apartado de este artículo, el Alto Tribunal ha desarrollado una jurisprudencia en torno a la palmaria y manifiesta inconstitucionalidad de las iniciativas parlamentarias y su consecuente afectación del ius *in officium* de los parlamentarios garantizado *ex*

artículo 23.2 de la Constitución. A esta misma conclusión cabe llegar en cuanto a disposiciones parlamentarias sin rango de ley que el legislador puede aprobar, tales como las mociones, proposiciones no de ley y resoluciones. La forma de estas iniciativas no impide que a su través pueda darse una respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad. La cuestión es aquí sí, por su carácter político, tienen una eficacia jurídica capaz de afectar al *ius in officium* de los parlamentarios. Cuestión a la que el Tribunal Constitucional se ha tenido que enfrentar con motivo de la resolución de procedimientos de impugnación de disposiciones autonómicas interpuestos contra disposiciones del tipo que venimos comentando.

En este sentido, la STC 98/2019, de 17 de julio, establece que la impugnación de resoluciones parlamentarias será admisible si, además de su carácter político, «pueden apreciarse en el acto impugnado, siquiera indiciariamente, capacidad para producir efectos jurídicos». En este sentido, el simple enunciado de una proposición que fuera contraria a la Constitución no constituiría *per se* objeto de enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional, pues puede carecer de capacidad para producir efectos jurídicos. Ahora bien, no cabe asimilar sin más los efectos jurídicos de una disposición con su capacidad para vincular: Una resolución parlamentaria «es capaz de producir efectos jurídicos propios y no meramente políticos, pues aunque pudiera entenderse carente de efectos vinculantes sobre sus destinatarios –la ciudadanía, el Parlamento, el Gobierno y el resto de instituciones de la Comunidad Autónoma–, "lo jurídico –como afirmamos en la STC 42/2014 (FJ 2)– no se agota en lo vinculante"» (FJ 2).

En definitiva, no cabe sin más negar la capacidad de producir efectos jurídicos de estas resoluciones parlamentarias, sino que habrá que estar al contenido de las mismas. En todo caso, e independientemente de su idoneidad para ser objeto de un procedimiento de control de la constitucionalidad, lo que importa aquí afirmar es que a través de estas disposiciones se puede dar una respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad, con una potencial eficacia jurídica.

Antes de concluir con el objeto del veto debemos dar respuesta a otra cuestión estrechamente relacionada con este: ¿qué contenido deben tener las normas con rango de ley o actos parlamentarios para considerar que están vehiculizando una respuesta al legislador? Viver I Pi-Sunyer, en el artículo que dio origen a mi investigación, hablaba solo del supuesto de la aprobación de una ley idéntica o similar como el propio de la respuesta del legislador. Sin embargo, aunque sea esta la más clara conducta contraventora de lo dispuesto en una sentencia del Tribunal Constitucional, no es la única. Cabe pensar, también, en una norma o acto que, sin ser reproducción literal del previamente depurado, venga, sin embargo, a producir los mismos efectos. A estas conductas debe añadirse también la de aprobar una norma o acto que venga a dar o a continuar los efectos de otra norma o acto declarados inconstitucionales, puesto que proveer a la eficacia de estos es tanto como considerar que no han sido expulsados del ordenamiento.

Se debe, en fin, especificar qué se entiende por cada una de las conductas vetadas:

– Por ley o acto parlamentario idéntico se entiende precisamente eso, una ley o acto que es idéntico o que apenas ha variado con respecto a otro previamente declarado inconstitucional.

– Por ley o acto similar se designa la acción de aprobar una nueva ley o acto parlamentario que, aunque tenga una formulación totalmente distinta, venga sin embargo a producir los mismos efectos, es decir, anudar una misma consecuencia jurídica a un supuesto de hecho, otorgar una idéntica posición jurídica, atribuir una competencia u ofrecer una definición con un alcance igual al de un precepto declarado inconstitucional.

– Por ley o acto que dé efecto a otro se entiende una disposición que venga directamente a desarrollar o a continuar los efectos de aquel depurado, como si siguiera en el ordenamiento.

2. El presupuesto del veto: la depuración regular de la inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional

El presupuesto básico para que opere en nuestro ordenamiento el veto a la respuesta legislativa es la existencia de una sentencia del Tribunal Constitucional que depure con efectos generales la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley o un acto parlamentario.

Esta forma de eficacia de la que venimos hablando la poseen las sentencias estimatorias recaídas en los procedimientos expresamente habilitados para el control de constitucionalidad de las leyes: el recurso y la cuestión. También produce efectos *erga omnes*, como hemos visto, la declaración del Tribunal Constitucional que proclama la inconstitucionalidad de las disposiciones de un tratado, puesto que afecta al ordenamiento jurídico con el concreto alcance de vedar su ratificación en tanto la Constitución no sea reformada. ¿Pero son las únicas?

Que nos planteemos esta cuestión obedece a dos problemas. Por un lado, como ya hemos visto, el artículo 164.1 de la Constitución otorga plenos efectos contra todos no solo a las sentencias «que declaren la inconstitucionalidad de una ley», sino también «a todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho», por lo cual –si queremos manejar una dogmática mínimamente rigurosa– habremos de analizar qué otras sentencias irradian esta eficacia y con qué alcance. Por otro lado, conocida es la muy extendida práctica de las que podríamos llamar en su conjunto sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad y de las que, precisamente por faltarles esta nota, cabe plantearse si también – y de qué modo– producen efectos generales.

Empezando por la primera de las cuestiones, debemos afirmar que no poseen eficacia *erga omnes* las sentencias desestimatorias puras. En efecto, las sentencias desestimatorias puras no requieren de aquella eficacia, puesto que cuando una sentencia considera que la norma legal sometida a su juicio se adecúa perfectamente a la Constitución, es esa ley, y no tal sentencia, la que produce efectos generales.

Y siguiendo con esta idea, es decir, la de que los efectos generales son una forma de eficacia consustancial a los pronunciamientos que, por recaer sobre una norma, precisan valer tanto como esta para proveer su expulsión tanto *pro praeterito* como *pro futuro*, tenemos que estos efectos generales sí acompañan a aquellos procedimientos donde se resuelve la inconstitucionalidad y nulidad de normas sin rango de ley. Así ocurrirá en los conflictos positivos de competencias cuando la sentencia que declare la titularidad de la competencia controvertida acuerde, a su vez, la anulación de una norma; también en los casos de impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las comunidades autónomas cuando estas se reputen inconstitucionales y nulas en la sentencia resolutoria.

No producirán efectos generales, sin embargo, los conflictos positivos desestimatorios, los que no versen sobre normas, los conflictos negativos o los conflictos en defensa de la autonomía local. Ni tampoco producirán efectos generales los recursos de amparo, ya que, sin perjuicio de su indudable dimensión objetiva, se trata de procesos para la protección de los derechos fundamentales y no de «un mecanismo de depuración abstracta de las disposiciones normativas [...] en las que se basan los actos presuntamente lesivos de tales derechos y libertades» (STC 193/1987, FJ 6). La propia Constitución así lo contempla al no otorgar efectos generales a aquellas sentencias que se «limiten a la estimación subjetiva de un derecho» (art. 164.1 CE).

Mayor enjundia tiene el segundo de los problemas de que hablábamos más arriba, el relativo a las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad. Se trata de un heterogéneo grupo de pronunciamientos que tienen en común el permitir la pervivencia de los preceptos impugnados, pero de manera condicionada.

El primer gran grupo lo conforman las que han venido en llamarse sentencias interpretativas, que pueden ser definidas como aquellas en que el Tribunal Constitucional aprecia la inconstitucionalidad de un precepto, pero no en su totalidad, sino solo en cuanto a alguna de las interpretaciones que cabe darle. El Tribunal Constitucional español ha hecho uso de este tipo de pronunciamientos desde el principio. En la mayoría de las ocasiones opta por un fallo de sentido desestimatorio en el que declara que un cierto precepto no es inconstitucional si se interpreta en un cierto sentido. Sin embargo, no es imposible encontrar sentencias interpretativas estimatorias en las que se declara la inconstitucionalidad de una determinada interpretación del precepto impugnado.

Lo importante es advertir que, independientemente del sentido del fallo, en este tipo de sentencias asistimos a una verdadera operación depuratoria del ordenamiento. No se declara la nulidad de ningún precepto, pero sí la de una o varias normas que cabe extraer del texto. Es por ello que este tipo de pronunciamientos producen efectos generales, puesto que innovan el ordenamiento expulsando una determinada norma extraíble de un precepto y, por tanto, necesitan valer como él. En efecto, estas sentencias producen también plenos efectos y de ellas cabe asimismo extraer un mandato que prohíbe al legislador adoptar la solución interpretativa declarada como no ajustada a la Constitución.

Ahora bien, el hecho de que el precepto impugnado siga intacto tiene una consecuencia importante: imposibilita hablar –al contrario de lo que sucede en los pronunciamientos estimatorios puros– de una prohibición de la reiteración del precepto cuya interpretación ha sido declarada inconstitucional. El mencionado precepto tiene una o varias interpretaciones que son ajustadas a la Constitución y, por tanto, su reiteración es perfectamente posible. Lo que sí queda vedado para el legislador es, claro está, insistir en la interpretación o interpretaciones del precepto que han sido expulsadas.

El segundo grupo de pronunciamientos de inconstitucionalidad sin nulidad es el de las llamadas sentencias de mera inconstitucionalidad. Se trata de casos en los que se aprecia la no conformidad de una ley con la Constitución no por lo que dice, sino precisamente por lo que omite, por lo que el Tribunal Constitucional no puede resolver el problema anulando el precepto o interpretándolo. Por ello, y entendido que lo que se requiere es una actuación positiva sobre la norma, se declara la inconstitucionalidad de la omisión detectada y se llama al legislador para que sea él quien realice la operación de adecuación a la Constitución.

Claro está que en estos casos la nulidad del precepto no es imposible, sino tan solo inadecuada para salvar su constitucionalidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no deja de aislar en este tipo de pronunciamientos una norma implícita que considera inconstitucional, llamando al legislador para su sanación, pero en el bien entendido de que le queda vedado adoptar precisamente esa solución reputada como no conforme a la Constitución, a riesgo de dejar en papel mojado el pronunciamiento de inconstitucionalidad.

Así las cosas, este tipo de decisiones producen efectos generales en la forma de la norma implícita que se reputa inconstitucional y que se expulsa del ordenamiento.

En definitiva, los plenos efectos contra todos de las sentencias del Tribunal Constitucional están estrechamente relacionados con la necesidad de depurar el ordenamiento de todo Derecho que sea reputado como contrario a la Constitución. Toda sentencia que encuentre que un precepto o una determinada interpretación del mismo no se ajustan a la Constitución está innovando el ordenamiento con el concreto alcance de expulsar ese Derecho de una vez por todas, quedándole

impedido al legislador adoptar nuevamente un Derecho ya declarado inconstitucional, si no es por medio de la reforma del Texto Fundamental.

3. **El sujeto del veto: la identidad del legislador**

El veto a la respuesta se impone, lógicamente, frente al legislador cuyo producto normativo ha sido previamente depurado. Ahora bien, en España no hay un legislador único, sino que junto al estatal se sitúan los de las comunidades autónomas. Ante ello se hace necesario analizar si la identidad entre el legislador cuya norma ha sido depurada y el legislador sujeto del veto ha de darse siempre, o si es acaso posible extrapolar el veto ante la eventualidad de que otro legislador distinto repita el mismo comportamiento inconstitucional. Pues bien, cuando se trata de saber si es factible extrapolar el veto a la respuesta legislativa a otros legisladores distintos al afectado en el proceso de turno, es necesario distinguir entre si la razón de la inconstitucionalidad ha sido por motivos competenciales o no.

Cuando se trata del primer caso –inconstitucionalidad por incompetencia– el veto no puede ser en absoluto extrapolado. Al legislador estatal no se le puede imponer lo decidido para el legislador autonómico o viceversa, pues la incompetencia de uno no implica la del otro. Pero tampoco entre legisladores autonómicos cabría extrapolar decisiones, puesto que, como es bien conocido, nuestro modelo de descentralización es asimétrico y no todas las comunidades autónomas gozan de las mismas competencias. Es más, el artículo 28.1 de la LOTC amplía el parámetro de la constitucionalidad a «las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas». Por tanto, incluso el parámetro de la constitucionalidad podría variar a la hora de tener que juzgar sobre la inconstitucionalidad de una ley, dependiendo de la comunidad autónoma. Por todo ello, lo que puede ser inconstitucional para un legislador autonómico, no tiene por qué serlo para otro, y el veto no se puede extrapolar.

Mayores dudas ofrecen el supuesto de que la inconstitucionalidad no se haya producido por falta de competencia. Aquí nos encontramos con una ley cuya inconstitucionalidad no depende del legislador que la ha producido, sino que se da por un contraste directo con una disposición material de la Constitución. Esto implicaría que la solución adoptada para un legislador sería también aplicable para cualquier otro. Sin embargo, creemos que tampoco en este caso el veto debe ser extrapolado. Pese al carácter objetivo que todo proceso de inconstitucionalidad tiene, al ir orientado a la depuración del ordenamiento, la LOTC no olvida que, puesto que estamos ante un verdadero proceso judicial, se debe llamar a las partes. Exigencia que también se deriva de la especial posición en el ordenamiento del objeto enjuiciable y a cuya defensa es necesario traer y oír a quien lo ha producido.

En definitiva, el veto a la respuesta legislativa deberá operar siempre ante el mismo legislador cuya norma ha sido depurada en la sentencia que se pretende contestar y que no hay razones de peso para extrapolarlo.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA EFICACIA DEL VETO A LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR

Establecido ya el ámbito en el que el legislador tenía vetado responder a una declaración de constitucionalidad solo restaba abordar lo que debía ser conclusión lógica de toda la investigación emprendida: establecer los medios a través de los cuales se puede hacer efectivo el mencionado veto. En mi trabajo expuse tanto los mecanismos que ya se habían utilizado para tal fin, como dos propuestas de *lege ferenda*, que voy a pasar a exponer brevemente como corolario.

1. **El legislador como guardián primario de la Constitución**

Que el legislador es el órgano llamado en primer lugar a hacer efectivo el veto a la respuesta a una declaración de inconstitucionalidad es algo que no ofrece dudas. El legislador es el sujeto del veto y a él se le impone la obligación de no actuar en contra de lo dispuesto en una sentencia del Tribunal Constitucional que ha depurado el ordenamiento y ha establecido un mandato en los términos y con los límites establecidos en el apartado anterior.

El legislador es el intérprete primario de la Constitución, y ello se traduce en el ejercicio, también primario, del monopolio normativo. Es el órgano situado en la puerta de entrada del Derecho al ordenamiento jurídico y, por tanto, el mejor posicionado para impedir *a radice* la adopción de normas inconstitucionales.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha ido construyendo una doctrina en torno a la inadmisión por parte de la mesa de los parlamentos de aquellas iniciativas que sean manifiesta o palmariamente inconstitucionales. Esta doctrina se ha ido edificando principalmente a través de sentencias resolutorias de recursos de amparo por vulneración del *ius in officium* parlamentario, lo que da lugar, en sí, a otro mecanismo para garantizar la eficacia del veto a la respuesta del legislador.

2. El amparo frente a la admisión de iniciativas parlamentarias por parte de la mesa

La muy reciente STC 24/2022 es el último exponente de la ya larga saga de resoluciones estimatorias de procesos de amparo basados en la vulneración del derecho al ejercicio de las funciones representativas de los parlamentarios, como consecuencia de la admisión de iniciativas parlamentarias palmariamente

inconstitucionales, por parte de la mesa del órgano legislativo. La doctrina que maneja la citada resolución tiene antecedentes más o menos remotos (STC 205/1990), pero en su actual formulación expansiva no cabe sino rastrearla hasta tiempos bien recientes (SSTC 46/2018 y 47/2018), teniendo su expresión más acabada (y mantenida sin cambios hasta ahora) en la STC 115/2019.

La mencionada doctrina supone un giro importante en la postura mantenida tradicionalmente por el Tribunal Constitucional en torno a los límites de la potestad de admisión a trámite de iniciativas parlamentarias, propia de las mesas de los parlamentos. Importante giro que pude resumirse en dos hitos.

En primer lugar, establece el Tribunal Constitucional, en el contenido del derecho al ejercicio de las funciones representativas o *ius in officium* de los parlamentarios, enunciado en el art. 23.2 CE, no se encuentra lo que habría que llamar "derecho fundamental a la constitucionalidad" de las iniciativas parlamentarias. Con carácter general, las mesas no deben inadmitir propuestas o proposiciones, a causa de la supuesta inconstitucionalidad de su contenido, incluso si ésta es palmaria y manifiesta, pero con una excepción: «la facultad de las mesas de las asambleas legislativas de efectuar un control de constitucionalidad sobre el contenido de las propuestas e iniciativas palmaria y manifiestamente inconstitucionales que se presentan a su consideración, se transforma en obligación cuando medie un mandato del Tribunal Constitucional [...] Existe, así, en tal caso, un deber de la mesa de inadmitir a trámite la iniciativa presentada, en cuanto que el control material de la misma viene expresamente exigido por un mandato jurisdiccional que impone esa obligación» (STC 47/2018, FJ 5).

En segundo lugar, y a la vista de lo que antecede, no duda el Tribunal Constitucional en conectar el incumplimiento por parte de la mesa de aquel deber de paralizar las iniciativas cuya palmaria y manifiesta inconstitucionalidad viene mediada por un mandato del Alto Tribunal; no duda en conectar esto, decimos, con el *ius in officium* de los parlamentarios: tal incumplimiento por parte de la mesa impediría que, en relación con el procedimiento parlamentario que se inicia, puedan los miembros de la asamblea ejercer legítimamente sus funciones representativas, pues, en tales circunstancias, el ejercicio de su cargo conllevaría no acatar lo resuelto por el Tribunal Constitucional e incurrir, por tanto, en un grave ilícito constitucional (STC 128/2019).

Es fácil observar que la importancia de esta novedosa doctrina radica en la explicitación de la poderosa herramienta con que el Tribunal Constitucional se arma para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones: la obligación, por parte de la mesa de las asambleas, de paralizar *a limine* toda iniciativa parlamentaria que pueda contravenir un mandato directo del Tribunal Constitucional. Obligación cuyo cumplimiento puede ser fiscalizado mediante el recurso de amparo.

3. Una propuesta descentralizadora del control de constitucionalidad

Esta propuesta se basa en dos notas que muestran cómo el control difuso de constitucionalidad de las leyes no es del todo extraño a nuestro ordenamiento. En primer lugar, y como es harto sabido, en el contexto del Derecho comunitario el juez nacional está habilitado para inaplicar las leyes que se opongan a aquel, según haya sido interpretado por el TJUE. En segundo lugar, se ha dado el paso de aceptar que no sólo los fallos estimatorios del Tribunal Constitucional vinculan a los jueces, sino que estos están también sometidos a su jurisprudencia (art. 5.1 LOPJ), habilitándoles para aplicar la ley según la interpretación que haya dado el Alto Tribunal en todo tipo de sentencias. El modelo centralizado de control de constitucionalidad de las leyes está, por las razones apuntadas, parcialmente en crisis; lo cual nos lleva a arriesgar una propuesta.

Se trataría de que el juez pudiera inaplicar una ley afectada por el veto a la respuesta legislativa. Es decir, se le facultaría únicamente para inaplicar una ley o norma con rango de ley que reitera o desarrolla otra ley que ya ha sido depurada por el Tribunal Constitucional.

En este caso la lógica del modelo concentrado de control de constitucionalidad de las leyes queda preservada, puesto que la solución «inaplicativa» es extraída por el juez directamente del fallo depurativo. Es la expulsión con efectos generales de la ley lo que permitiría al juez que inaplique aquella que viene a reiterarla o desarrollarla sin tener que verse obligado a plantear una cuestión de inconstitucionalidad que, en puridad, ya ha sido resuelta.

Sin embargo, creemos que esta propuesta choca frontalmente con la redacción actual del artículo 163 de la Constitución, y que toda solución descentralizadora necesitaría de un mayor anclaje constitucional. No podemos olvidar que los Jueces y Tribunales que forman el Poder Judicial están sometidos al imperio de la ley ex art. 117.1 de la Constitución. Esta sumisión no implica que los jueces sean sólo la boca por la que habla la ley, puesto que a ellos corresponde también su análisis e interpretación. Pero esta valoración no puede llegar a traducirse nunca en una declaración de inconstitucionalidad de una norma legal; operación que sólo compete al Tribunal Constitucional.

4. El incidente de ejecución de sentencias como procedimiento para anular normas afectadas por el veto a la respuesta del legislador

En fin, resta por explorar una última opción: el incidente de ejecución de sentencias como procedimiento para anular normas afectadas por el veto a la respuesta del legislador. El Tribunal Constitucional ha mantenido tradicionalmente que las sentencias en procesos de control de constitucionalidad de las leyes tienen efectos declarativos y no precisan ejecución. Sin embargo, esta idea de las cosas no es sostenible. Las sentencias del Tribunal Constitucional que producen meros efectos declarativos pueden precisar también de ejecución.

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha enmendado recientemente, si bien de manera un tanto elíptica, su propia doctrina. En el ATC 15/2019, de 12 de marzo, tras recordar su propio criterio acerca de que «las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de las leyes, que determinan el efecto de invalidación de las mismas, no tienen ejecución por la justicia constitucional (ATC 309/1987, FJ 2)», añade que «tal consideración es compatible, no obstante, con la adopción de medidas de ejecución en aquellos casos en los que tales medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones» (FJ 2).

Este auto resuelve un incidente de ejecución de la STC 152/2017, de 21 de diciembre, instado por el Parlamento de Cataluña. En aquella sentencia, precisamente, se había declarado la inconstitucionalidad y nulidad de ciertos preceptos de una norma con rango de ley, el Real Decreto-ley 13/2014. A la hora de hacer frente al incidente, el Tribunal Constitucional adapta acertadamente su propia doctrina sobre «las dos situaciones proscritas» que dan lugar a una ejecución y que serían: la emisión de pronunciamientos contrarios a lo decidido en la sentencia que se pretende ejecutar, o que supongan un intento de menoscabar la eficacia –jurídica o material– de lo que en ella se resolviera con valor de cosa juzgada y, en esta ocasión, vinculación erga omnes desde el momento de su publicación en el diario oficial *ex* art. 164 CE (FJ 2).

Pues bien, de lo hasta aquí dicho, junto a los escuetos términos en que está configurado el incidente de ejecución, y el amplio rango que el Tribunal Constitucional maneja en la identificación de lo que puede ser objeto de este proceso –resolución, disposición o actuación material–, creemos que nada se opone *a radice* a que las normas con rango de ley afectadas por el veto a la respuesta legislativa puedan ser sometidas a un procedimiento de ejecución de sentencia. En efecto, una norma con rango de ley afectada por el veto supone la contravención de una previa sentencia del Tribunal Constitucional, en cuya ejecución se podría instar la inconstitucionalidad y nulidad de la nueva disposición.

Al reiterar o dar efectos a una norma con rango de ley que ha sido depurada de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, se estaría desconociendo la sentencia cuya ejecución se pretende. Constatada tal contravención, el Tribunal Constitucional debería declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la nueva norma, sin tener que entrar a realizar un nuevo enjuiciamiento material que, en puridad, ya se habría realizado con anterioridad. Este modo de operar no es en absoluto extraño para la práctica del Tribunal Constitucional, que en los últimos años ha resuelto una serie de incidentes en ejecución de sentencias declarativas y cuyo objeto eran disposiciones generales sin rango de ley que de una manera u otra venían a desconocer lo dispuesto en aquellas (Autos del Tribunal Constitucional [AATC] 41/2016, 170/2016, 24/2017, 123/2017 y 124/2017). Es decir, una respuesta del legislador.

En el breve espacio de esta aportación no se ha podido sino dar unas pinceladas de los aspectos más importantes de una cuestión ciertamente controvertida. En este sentido, quiero acabar expresando que soy consciente de las serias implicaciones que para el ordenamiento jurídico suponen unas conclusiones como las que se defienden en mi tesis. Estoy seguro de que aún queda camino por hacer y espero que en el futuro se realicen nuevas investigaciones sobre un asunto que tan hondamente nos atañe.

Permiso por nacimiento y cuidado del menor: La incorporación de los hombres a los cuidados a través del permiso de paternidad

Isabel Esbrí Navarro

Doctora por la Universidad Jaume I de Castellón

SUMARIO:

I. Introducción
II. Síntesis de la tesis
III. Conclusiones

NOTA BIOGRÁFICA:

Isabel Esbrí Navarro es licenciada en Derecho (2012), Máster en Igualdad y Género en el Ámbito Público y Privado (2014) y Doctora en Derecho *Cum Laude* (2020) por la Universitat Jaume I de Castellón. Participa en el Proyecto de Investigación "Agencias de colocación con la forma jurídica de Empresas de Economía Social" y colabora a través de una beca de investigación en el proyecto "Negociación Colectiva e igualdad efectiva en la Comunidad Valenciana: un análisis jurídico y práctico de los planes de igualdad en las empresas" y ha formado parte del Grupo de Investigación Derecho, Género e Igualdad efectiva de mujeres y hombres de la Universitat Jaume I. Actualmente es Agente de Igualdad en la Mancomunitat Baix Maestrat.

I. INTRODUCCIÓN

En septiembre del año 2006, inicié mis estudios en Derecho en la Universitat Jaume I. Recuerdo como si fuera hoy, en mi primera clase de Derecho Constitucional impartida por la profesora Cristina Pauner Chulvi, donde se despertó mi inquietud e interés por saber sobre el mundo de la investigación.

Decidí esperar, para hablar y pedir consejo a la profesora Pauner, al segundo curso académico, ya que estaba convencida de que una parte de mi vida estaría comprometida con la investigación, ella fue realista y más clara que el agua, indicándome todo lo que conlleva iniciar un doctorado y permanecer firme durante toda la etapa.

Justo en el intercambio de nuestras primeras palabras y correos tenía claro el final, pero para ello tenía que empezar por el principio. Terminar la carrera, iniciar y culminar un máster y empezar un doctorado. Sumándose a todo ello mi situación económica la cual me dirigía a trabajar en mi tiempo libre para sufragar mis estudios.

Durante mi primera etapa universitaria, participé a través de dos becas de investigación en dos proyectos, donde conocí a la profesora María José Mateu Carruana.

En 2012, cuando finalicé la Licenciatura en Derecho, inicié el Máster Universitario en Igualdad y Género en el ámbito Público y Privado en la especialidad investigadora en estudios feministas y de género y elaboré el Trabajo Fin de Máster –dirigido por la profesora Carruana- el cual se convirtió en el embrión de mi tesis doctoral que empecé en el siguiente curso académico.

Y fue, en la defensa de mi TFM cuando la profesora Asunción Ventura Franch, la cual formaba parte del tribunal evaluador, insistió en la necesidad de sintetizar mi investigación, con una vertiente constitucionalista y feminista con una laboral.

Mi tesis doctoral ha sido dirigida por Asunción Ventura Franch y María José Mateu Carruana, siendo la tutora de la misma Cristina Pauner Chulvi.

Antes de entrar en detalle, quiero reiterar mi agradecimiento a *todas las personas* que han estado conmigo y no se han ido durante este largo proceso, gracias por tanto respeto a la soledad que necesitaba para estar con mi tesis, gracias a mis Albertos, en especial a mi madre.

El permiso de paternidad, en nuestro país, se implantó con el objetivo de fomentar el ejercicio equilibrado de los derechos conciliatorios entre hombres y mujeres, contribuyendo a cambiar roles y estereotipos para potenciar la asunción masculina en el reparto de responsabilidades familiares. La finalidad del reconocimiento de este permiso es promover la corresponsabilidad en la conciliación, desarrollada en su inmensa mayoría por las mujeres, sin embargo, no se puede afirmar con rotundidad que con su reconocimiento se alcanzara el objetivo perseguido dado que se partía de un modelo familiar no cuestionado, siendo inicialmente por ello la duración del permiso de paternidad muy inferior al de las mujeres.

En este sentido, el panorama legislativo desde el año 2007 a día de hoy ha evolucionado formidablemente, pero tanto los estudios científicos como las posiciones teóricas actuales revelan que el *permiso de paternidad*, actualmente denominado "*permiso por nacimiento y cuidado del menor*" sigue suscitando desigualdad de género.

La diferente regulación del permiso de maternidad y paternidad y los diferentes enfoques y consecuencias que ha originado esta actuación por parte de los poderes públicos, entre otros motivos, me inclinaron a desarrollar la presente tesis doctoral.

II. SÍNTESIS DE LA TESIS

En la tesis se concretan tres objetivos fundamentales:

El primero de ellos, es analizar la evolución histórica de la desigualdad de género incidiendo en el concepto de trabajo y la organización patriarcal ya que el Derecho del Trabajo se creó pensando en un hombre trabajador del sector industrial, a jornada completa, responsable del sustento económico y familiar, y que por tanto no precisaba medidas de conciliación ya que no se le consideraba responsable de las tareas domésticas y de cuidado.

Este análisis ha servido para comprobar cuáles son los motivos principales que han potenciado a enfocar desde sus orígenes un *permiso de paternidad* que genera de por si desigualdad de género y comprender en calidad de qué fueron incluidos los hombres en la legislación y en las propias políticas sociales de cuidados.

La investigación, como segundo objetivo se propone analizar *el permiso de paternidad* tanto en el ordenamiento jurídico internacional, europeo, estatal y autonómico, prácticamente desde sus inicios hasta la actualidad para comprobar el tratamiento que le asigna la ley al permiso y el desarrollo de la legislación en torno al mismo.

Y el tercer objetivo, tras analizar la legislación anteriormente citada, tiene como finalidad constatar si la protección del *permiso de paternidad* requiere de una regulación a través de leyes o decretos-leyes o sería más conveniente desarrollarla a través de la negociación colectiva; por ello he realizado una investigación aplicada a través del estudio de convenios colectivos para poder conocer si este instrumento es utilizado de forma adecuada para tratar y ampliar las medidas de conciliación, en concreto, el permiso de paternidad.

El tercer objetivo planteado nos conduce a plantear la siguiente hipótesis:

La conciliación de la vida personal y familiar es la base para ejercer una óptima corresponsabilidad entre hombres y mujeres, pero hasta hace poco tiempo las medidas de conciliación se han reconocido únicamente a las mujeres para que puedan compatibilizar el trabajo con el papel que le ha asignado el patriarcado, cuestión que ha sido muy criticada por el movimiento feminista. El debate teórico y la constatación de la desigualdad en la práctica laboral han introducido una reflexión sobre las políticas públicas a adoptar y los instrumentos utilizados para el avance de la igualdad de mujeres y hombres. Es importante la adopción de las políticas públicas adecuadas a la finalidad perseguida pero también es muy relevante conocer el instrumento a través del cual se adoptan para ser más efectivas.

En un primer momento parece que el convenio colectivo es la herramienta más adecuada para la adopción de medidas de conciliación ya que dispone de mecanismos de autorregulación de las condiciones de trabajo a desarrollar en las empresas, según acuerdos consensuados entre agentes económicos y sociales; siendo la norma más próxima ya que puede ampliar el contenido regulado en normas laborales de ámbito estatal.

Sin embargo, el hecho de que las mujeres todavía siguen padeciendo condiciones de desigualdad en el ámbito laboral, económico y social hace que este instrumento, de momento y mientras persistan las condiciones de desigualdad, no se utilice correctamente por los agentes sociales que son los que negocian los convenios colectivos en sus diferentes ámbitos. En las negociaciones de los convenios colectivos se excluyen la adopción de medidas que fomenten la igualdad y se mantiene una actitud pasiva en el desarrollo de la integración plena de las mujeres en el mercado de trabajo, que sin ninguna duda liberaría a las mujeres de los cuidados familiares asignados por el patriarcado; esta actitud fomenta que las mujeres en el mercado de trabajo ocupen un papel secundario y residual. Por tanto, la lucha sindical no trabaja en este ámbito de forma adecuada, no defiende a todo el personal laboral por igual si no incluye en los convenios colectivos medidas de integración efectivas y medidas activas de conciliación y corresponsabilidad.

Para el desarrollo de esta investigación se utilizan diferentes metodologías, lo que se denomina metodología interdisciplinar propia de los estudios de género. La investigación que se propone genera una visión amplia en la que varios elementos se conjugan en el desarrollo de la hipótesis de tal manera que la metodología obedece a una concepción jurídica apoyada por las teorías feministas, históricas y sociológicas desde una lógica interdisciplinar que permite ofrecer una visión enriquecedora del tema elegido.

La metodología jurídica examina el origen del Derecho del Trabajo, el análisis de la normativa internacional, europea, estatal y autonómica en referencia a la conciliación, identificando, en el caso, los cuerpos legales que tratan el permiso de paternidad. Asimismo, se analizan diferentes estudios estadísticos elaborados por diferentes organismos oficiales, todo ello con la finalidad primordial de comprobar cuál es el grado de consecución de las funciones sociales que la legislación persigue.

La *metodología feminista* utilizada asume e integra las críticas propuestas por la epistemología feminista, dotando a las teorías feministas de una mirada metodológica la cual nos subvierte la relación entre sujeto y objeto y evidencia la interdependencia entre teoría y práctica, y es complementada con la *metodología histórica* aplicada en el primer capítulo.

Al analizar el origen de la desigualdad de género, el proceso histórico en la regulación jurídica del permiso de paternidad y maternidad, se desvelan las relaciones de género que atraviesan los fenómenos estudiados, los cuales dan cuenta de las

desigualdades asociadas a ellas y se contribuye a la superación de las mismas a través de las conclusiones propuestas en la presente tesis.

Se ha utilizado la aproximación *sociológica* para examinar los resultados del análisis de los convenios colectivos y conocer cuál es el tratamiento legal que recibe la conciliación y en especial el *permiso de paternidad* en la negociación colectiva, utilizándose por tanto el método cuantitativo, mediante la realización de un trabajo de campo a través de un estudio documental de convenios colectivos sectoriales y de empresa seleccionados y con ámbito de aplicación en la Comunidad Valenciana.

La elección de la *metodología sociológica* a través del estudio exhaustivo de cada convenio colectivo seleccionado nos permitirá saber si estamos o no en lo cierto sobre el planteamiento de la hipótesis aquí expuesta.

La presente tesis se ha estructurado en siete capítulos que se detallan brevemente a continuación:

El capítulo I revisa desde sus orígenes las causas de la desigualdad de género desde las sociedades primitivas analizando la condición de las mujeres en esta época y la adjudicación histórica de roles, y de qué modo dicha desigualdad incide en el área laboral desde el nacimiento de la disciplina, estudiando la adjudicación social de roles en la vida familiar y de qué modo esta adjudicación impacta en la vida profesional de las mujeres y en su incorporación plena al mercado laboral.

Tras el análisis de la evolución histórica de la desigualdad de género, y las primeras pretensiones sobre el inicio del permiso de paternidad como instrumento necesario para la conciliación, la corresponsabilidad y corrección de la concepción patriarcal que limita y restringe el área de actuación de las mujeres en el ámbito del cuidado, se concibe la incorporación de las mujeres al ámbito laboral como un papel secundario y accesorio que marcan una clara desigualdad en sus condiciones laborales.

Una vez estudiada la situación real de la cual partimos en el capítulo I, y detectado un importante instrumento, en un estado inicial, para la corrección de la desigualdad existente -el permiso de paternidad- en el capítulo II, III, IV y V, se analizan las normas reguladoras de dicho instrumento a nivel internacional, estatal, europeo y autonómico para poder determinar si efectivamente el legislador es capaz de corregir las desigualdades detectadas o de lo contrario se sigue fomentando desigualdad, es decir, estudio en este aspecto que si las normas emitidas son efectivas e idóneas para alcanzar la plena igualdad en el área laboral.

En la clasificación de los textos jurídicos a analizar se han incluido tanto los cuerpos legales que directamente aluden a la paternidad; y la normativa que en este ámbito trata la conciliación y los cuidados, ya que forman parte del hilo conductor de dicho instrumento.

A nivel internacional, en primer lugar, se ha procedido al estudio de normativa que incide tanto de forma directa e indirecta a la conciliación y al permiso de paternidad, seguidamente en este capítulo II examino la influencia de las Conferencias Mundiales a favor de la igualdad de género y concluyo el presente capítulo con la comparativa del *permiso de maternidad y paternidad* por país según los días garantizados.

En el capítulo III considerando que el reparto equitativo de las responsabilidades del cuidado de los hijos y las hijas y personas dependientes está estrechamente ligado a la igualdad de trato y de oportunidades de acceso y permanencia en el empleo entre hombres y mujeres, es ineludible atender al estudio de la normativa europea y mecanismos en materia de igualdad dirigidos tanto a hombres como mujeres, por ello, pongo en énfasis y valoro el régimen jurídico existente del permiso de paternidad y las medidas de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y su progresiva evolución hasta la actualidad.

El capítulo IV que hace referencia al ámbito concreto del ordenamiento laboral español, observa la integración y transposición de la normativa europea al tema que nos ocupa. No obstante, es preciso detallar el trato que ofrece la Constitución Española ya que en ella se establecen las bases para que los poderes del Estado elaboren, ejecuten y apliquen normas y políticas específicas en materia de conciliación.

En el capítulo V y tras una revisión de las principales normas internacionales, europeas y estatales, se estudia la normativa en la Comunidad Valenciana la cual se ha centrado en la exposición de la planificación y regulación de diferentes instrumentos para la promoción de la conciliación y la corresponsabilidad.

El capítulo VI aborda los tres modelos de relación *sexo-género* con la finalidad de encuadrar los estereotipos clásicos en los que el espacio social asigna directamente, por el hecho de ser varón o mujer.

Asimismo, se realiza un análisis del reparto del uso del tiempo dividido por sexos atendiendo a la realidad social la cual, y a través de datos oficiales se constata que la mujer trabaja en el mercado laboral el mismo número de horas que su cónyuge varón, y sigue dedicando a las tareas domésticas casi el tripe de tiempo que su pareja.

Estos datos son interesantes de exponer ya que reflejan la situación actual del escenario donde nos encontramos, y ello requiere un nuevo planteamiento conceptual en el que el derecho a los permisos parentales deje de ser el centro de atención y en el que el derecho a la presencia tanto de la madre como del padre se erija como un nuevo objetivo en sí mismo.

Y para finalizar, este capítulo analiza las aportaciones actuales con respecto a la corresponsabilidad y la nueva regulación del *permiso de paternidad:* "*permiso por nacimiento y cuidado del menor*", con el fin de poder determinar en qué punto concreto nos encontramos y poder comprobar si la legislación y el camino emprendido por ella ha resultado eficaz en la consecución de la igualdad en el área laboral que estudiamos, y en su caso que medidas correctoras deberían aplicarse. Por este último motivo se aportan las críticas constructivas realizadas al contenido de la aprobación del Real Decreto-ley de "medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación".

En el capítulo VII se realiza un minucioso análisis de la norma legal por excelencia en el área laboral, es decir al *convenio colectivo*, y correlativamente de qué modo este potente instrumento para la consecución de condiciones más beneficiosas se está utilizando para alcanzar la corresponsabilidad en el ámbito de los cuidados. Para ello, selecciono convenios colectivos sectoriales y empresariales de la Comunidad Valenciana, donde se ha analizado y evaluado el grado de inclusión de cláusulas en referencia al permiso de paternidad y conciliación recogidas en cada uno de ellos.

Los objetivos principales del presente capítulo son:

- Realizar un análisis exhaustivo de los convenios colectivos seleccionados tanto en sectores masculinizados como feminizados para extraer cual es el tratamiento detectado en relación con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; en especial al permiso de paternidad.

- Exponer los resultados para establecer propuestas de mejora dirigidas a los poderes públicos competentes y personas responsables de la firma de los convenios colectivos.

El apartado primero del presente capítulo recoge la regulación jurídica básica de la negociación colectiva. Seguidamente se contempla los contenidos relacionados con la metodología de estudio llevada a cabo, detallando el objeto de análisis y las variables de estudio.

En el tercer apartado se expone la muestra de los convenios colectivos analizados y finalmente se efectúa el resultado de conclusiones realizando un análisis comparativo con los procesos de paternidad en la Comunidad Valenciana.

Se incluyen como anexos de información; el anexo I que recoge la relación y tablas de análisis de los convenios colectivos sectoriales divididos por provincias; y el anexo II donde consta la relación de convenios colectivos de empresa divididos por provincias.

Por último, una vez analizados los datos obtenidos en los anteriores capítulos mencionados, elaboro un apartado de conclusiones, que resume los principales resultados de la investigación alcanzados durante la presente tesis doctoral.

III. CONCLUSIONES

PRIMERA. - El permiso de paternidad está muy vinculado con la organización patriarcal de la sociedad, las mujeres en el ámbito privado y los hombres en el público. La incorporación de la mujer al trabajo remunerado ha cuestionado esa estructura y necesariamente se han ido adoptando medidas para intentar dar solución a una problemática que discriminaba de manera intolerable a las mujeres, la doble jornada. Y es que, la conciliación de la vida familiar, laboral y personal es una realidad que ha cuestionado el movimiento feminista y por ello se le ha prestado una progresiva atención desde las Administraciones Públicas, al ritmo que evolucionaba la incorporación de la mujer al mundo laboral. Dicha incorporación rompe con el sistema preexistente cimentado en la pervivencia de una sociedad patriarcal cuyos valores establecían la diferencia de roles en función del sexo, otorgando al hombre la función productiva y a la mujer la reproductora/cuidadora, pero la doble presencia de las mujeres en el espacio doméstico y en el mercado de trabajo fue la justificación a la necesidad de adoptar políticas de conciliación destinadas en un principio a ellas.

SEGUNDA. - Al analizar el Derecho del Trabajo desde una perspectiva de género, hemos podido comprobar que el ordenamiento jurídico laboral, se creó pensando en un hombre trabajador del sector industrial, a jornada completa, responsable del sustento económico familiar que no tenía responsabilidades familiares porque no se le consideraba responsable de las tareas domésticas y de cuidado, incluso él era objeto de cuidados por las mujeres de su entorno. Este es el modelo que sirvió para definir los derechos laborales y la organización de trabajo. El primer derecho laboral cuando la mujer se incorpora al mercado de trabajo es reconocer aquella particularidad que en teoría solo parece ser de las mujeres, es decir, aparece un derecho que paulatinamente va protegiendo la posibilidad de que las mujeres vayan conciliando el trabajo doméstico, la crianza y el trabajo fuera del hogar. En este momento, el movimiento feminista va empujando y se plantea que, si las mujeres ya están trabajando y tienen doble jornada laboral, los hombres deben incorporarse a las tareas de cuidado, por ello se va conformando poco a poco una legislación laboral que también va dirigida al sexo masculino, no obstante, dista mucho de alcanzar la igualdad real y efectiva en el ámbito de la corresponsabilidad. Por tanto, es necesario vincular las proclamas del movimiento feminista con el avance del derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral para hacerlas extensivas a los hombres, con el fin de que se produzca una corresponsabilidad de las mismas.

TERCERA.- Las condiciones de igualdad de mujeres y hombres han ido avanzando, pero todavía no existe una igualdad efectiva y muy especialmente en el ámbito de los cuidados de los que todavía se siguen encargando de forma mayoritaria las mujeres a pesar de su acceso al mercado de trabajo, el cual no impide que el trabajo doméstico siga representando una de las claves de la actividad femenina, por lo que las mujeres sin dejar de un lado la esfera reproductiva se introducen en la esfera productiva. Por ello, la maternidad y los cuidados es uno de los mayores impedimentos que en este momento tienen las mujeres para la integración, permanencia y promoción en el trabajo; "problema" que debe cuestionarse tanto científicamente como políticamente.

CUARTA. - Los acontecimientos que cambiaron el curso de la historia y del derecho para dar un nuevo enfoque al concepto de equidad, conciliación y corresponsabilidad provienen en gran parte del movimiento feminista que se protagoniza a finales del siglo XIX y principios del XX, y pretende la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación. El movimiento feminista de esta época destacó por la lucha constante por demostrar cómo la sociedad sostenía que los modos de pensar en todos los ámbitos estaban descritos por y para los hombres.

QUINTA.- En los convenios internacionales estudiados se constata que la OIT es consciente de que muchos de los problemas con los que se enfrentan las personas trabajadoras se agravan en el caso de que estas tengan responsabilidades familiares, y por ello se reconoce la necesidad de mejorar la condición de estos trabajadores y trabajadoras mediante la adopción de medidas que les permitan poder responder adecuadamente a sus necesidades particulares y de este modo conseguir mejorar su condición general en todos los ámbitos en los que desarrolla su vida, repercutiendo esta mejora en su bienestar laboral. Sin embargo, en el ámbito de las medidas de conciliación no desarrollan la función innovadora y de ampliación de derechos, se limitan a reproducir leyes y se resisten a introducir mejoras.

Ahora bien, son trascendentales en su respectivo ámbito, no se puede desconocer que se sitúan en un estadio inicial en relación con el tema que nos ocupa, pues continúan enfocados en una protección circunscrita exclusivamente a la mujer por razones biológicas obvias, es decir, identifican a las mujeres como las principales cuidadoras y desarrollan una política proteccionista dirigida a ellas considerándolas vulnerables y necesitadas de medidas de apoyo para que puedan compatibilizar el trabajo con el cuidado de la familia y la crianza de los niños y niñas, y excluyen el desarrollo de medidas que involucren al padre en la tarea del cuidado familiar, porque consideran que estos no deben implicarse de forma plena en dichos cuidados.

SEXTA. - La licencia de paternidad es fundamental para promover y reconocer el papel de los hombres en materia de responsabilidades familiares y prestación de cuidados, además brinda una excelente oportunidad para que, durante el periodo

próximo al nacimiento, los padres alimenten a sus hijos e hijas, brinden apoyo a las madres en cuanto a las numerosas necesidades físicas y emocionales relacionadas con el parto y presten los primeros cuidados. Un cambio importante en la política de la OIT ha marcado las últimas recomendaciones sobre el reconocimiento de los padres en las responsabilidades familiares. No obstante, actualmente no existe en la UE una directiva que obligue a los estados miembros a establecer licencias de paternidad, a pesar de que muchos países miembros ya la han incluido en su legislación, por lo que consideramos que la OIT debe desarrollar en este tema una política de liderazgo de la que hoy carece, debido a que los agentes sociales representados en la Organización no incluyen en sus agendas la integración plena de las mujeres en el mundo laboral.

SÉPTIMA.- A la vista de los convenios y recomendaciones reseñados en el ámbito internacional, hemos podido comprobar cómo se vincula a la mujer, su maternidad y el cuidado de los hijos y las hijas como un signo de debilidad y vulnerabilidad que restringe la plena integración de las mujeres al mundo laboral, relegando su papel a un segundo nivel, inferior al que desempeñan los hombres, algunas de las normas que se desarrollan son normas de carácter proteccionista que lejos de fomentar la igualdad de las mujeres y hombres, adoptan medidas de protección hacia las mujeres que las excluyen de la integración igualitaria, como es el caso de la prohibición de que las mujeres trabajen de noche en la industria. Y es que conforme fue avanzando el siglo XX, la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres ha pasado de considerarse una importante conquista en el terreno de la protección de la trabajadora, a un estorbo para la consecución de la igualdad en el ámbito laboral y una medida discriminatoria que excluye a las mujeres de la mayor parte de los puestos de trabajo de la industria en la que se trabaja fundamentalmente a turnos.

OCTAVA. - Detrás de las normas estudiadas prevalecen los intereses económicos antes que las demandas de igualdad entre hombres y mujeres, y además se utilizan conceptos normativos, como maternidad, paternidad, que se ajustan perfectamente a los modelos y roles de género tradicionales. No es extraño, por tanto, que las disposiciones europeas asuman que la responsabilidad del cuidado de los hijos y las hijas es asunto exclusivo de las madres, y que los padres tienen una función de cabezas de familia que proveen de sustento económico a la familia.

La normativa europea justifica un especial tratamiento legal de las mujeres, en atención a su función reproductora, pero no varía el modelo de trabajador presente en la legislación laboral en general, y en la legislación comunitaria en particular: un trabajador varón. Las principales dimensiones en las que difieren las legislaciones nacionales sobre los permisos, además de los tipos de permisos que se establecen, son la duración, la remuneración durante el permiso, la flexibilidad en el uso y la posibilidad de reparto entre los progenitores de los permisos. Las posibilidades de combinación son muchas y no hay ninguna legislación ni concepto en referencia al permiso de paternidad que sea igual de un país a otro.

NOVENA. - Analizadas las características de los permisos de maternidad, paternidad y parentales en varios ámbitos, cabe destacar que la configuración y evolución del permiso de maternidad se ha mantenido en casi todos los países, alargándose con el tiempo y extendiendo a colectivos de trabajadoras antes no cubiertos.

En algunos países se ha instaurado un permiso de paternidad intransferible, que puede ir de varios días a varias semanas y que en líneas generales está concebido para que el padre cuide de la madre y la sustituya en el periodo de recuperación del parto. Actualmente existe amplia evidencia acumulada sobre el funcionamiento de los permisos parentales, su uso diferencial por parte de hombres y mujeres y sus efectos sobre la división del trabajo, sobre todo en base al análisis de la ya larga experiencia de los países nórdicos. En estos países los permisos parentales se instauraron con vocación igualitaria, pero treinta años de aplicación han proporcionado numerosos argumentos para cuestionarse su diseño, sobre todo por la cláusula de transferibilidad entre progenitores que se estableció desde el principio y que ahora se está matizando con una cuota intransferible cada vez mayor.

DÉCIMA. - Sólo en la medida en que se capacite y promueva la participación de los hombres en el cuidado no remunerado en un nivel similar al de las mujeres, sobre todo a partir de la crianza de los hijos y las hijas, se podrá mejorar la igualdad de género y la calidad de los vínculos entre padres e hijos, posibilitando la construcción de una nueva paternidad. Desde hace años tanto la doctrina como la jurisprudencia a nivel nacional y comunitario se planteaban la necesidad de crear un permiso de paternidad distinto al de maternidad para lograr una mayor igualdad real y efectiva de trato entre madres y padres trabajadores respecto al cuidado de hijos e hijas y una mayor participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, fomentando, al mismo tiempo, el protagonismo del padre en el cuidado de sus descendientes. No obstante, hemos podido observar que solo algunos cuerpos legales incluyen medidas dirigidas por igual a hombres y mujeres, en un intento de repartir de manera más igualitaria las responsabilidades de la maternidad y paternidad entre todos y todas, pero la realidad nos muestra que se han diseñado medidas para las mujeres, sin poner en duda su responsabilidad como cuidadoras de la sociedad, y rara vez los hombres se sienten aludidos como potenciales beneficiarios de estas formas jurídicas. Por tanto, esta forma voluntaria del ejercicio de la suspensión contractual por paternidad dificulta la obtención de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, que persigue, ya que quizás muchos hombres, o bien el otro progenitor, no solicitaran su ejercicio.

UNDÉCIMA.- Las medidas de conciliación reguladas en las directivas europeas, se basan en la protección de la maternidad en el ámbito laboral y alguna trata el permiso parental, y no se centran en otras medidas de vital importancia para alcanzar la conciliación, como son: la reducción de jornada por cuidado de un menor o de otro familiar, la excedencia por el cuidado de un menor o de otro familiar,

la flexibilidad horaria mediante acuerdo con la empresa, la distribución flexible de las vacaciones mediante acuerdo con la empresa, los permisos retribuidos. No obstante, la conciliación tiene una influencia decisiva en las reformas que se dan en muchos países y la UE mantiene dos líneas de legislación diferentes. Por un lado, están los permisos de maternidad, que siguen considerándose incluidos en el ámbito de la salud materno-infantil, aunque se alude a ellos cuando se trata de la "conciliación de la vida laboral y familiar". Por otro lado, están los permisos parentales, que la Unión Europea si considera para el cuidado. Cabe destacar, que hasta el 2019 no encontramos una directiva que incida directamente sobre la conciliación, pero las directivas tratadas en la presente tesis la favorecen, no obstante, es importante recordar que todas las medidas de conciliación no deberían ir destinadas exclusivamente a las mujeres, ya que estas pueden llegar a perjudicar a su promoción profesional. Además, para lograr una inmejorable conciliación en la vida profesional, familiar y laboral, en el trabajo ambos sexos deben de encontrarse en igualdad de condiciones.

Es muy interesante el hecho de que las dos líneas de legislación de la UE sobre permisos que hemos analizado, una sobre los de maternidad y otra sobre los permisos parentales, se desarrollan como si nada tuvieran que ver entre sí. Es más, continúa vigente la ficción de que el permiso de maternidad es para la salud de la madre y el parental para el cuidado.

DUODÉCIMA. - La Comisión Europea se preocupa por el permiso de maternidad, dejando a la patronal y a la parte sindical que negocien libremente sobre el permiso de paternidad, negociándolo bajo la concepción de que va dirigido tanto para hombres como para mujeres. Esta falta de visión sobre el concepto de integración de la corresponsabilidad en el cuidado de la familia da lugar a que en el terreno de la negociación colectiva no se avance en la defensa de la integración plena de las mujeres en el mercado laboral. En la defensa sindical de los intereses del personal laboral se debe incluir de forma urgente la defensa de las mujeres trabajadoras facilitando y promocionando su integración laboral mediante medidas de corresponsabilidad. De este modo la delegación que realiza la Unión Europea para que los sindicatos y las asociaciones empresariales negocien y construyan el permiso de paternidad, queda completamente vacía de contenido porque los agentes sociales no han asumido como propia la defensa de la integración plena de la mujer en el mundo laboral, lo que debe corregirse de manera inmediata en beneficio del desarrollo económico en general, y de las propias empresas y de las propias trabajadoras en particular.

DECIMOTERCERA. - En la legislación de los países miembros de la Unión Europea, en la materia que estamos analizando, la diferencia entre países es importante. El último índice de igualdad de género del Instituto Europeo de la Igualdad de Género, en todos los países las mujeres están en desventaja, pero los países escandinavos destacan como aquellos que han ido más lejos en la incorporación de las mujeres en el empleo de calidad y en la incorporación de los hombres al cuidado. A este respecto, las regulaciones de los permisos, y particularmente la

extensión del permiso intransferible y bien pagado a los padres, es una política a tener en cuenta para intentar alcanzar los niveles óptimos de igualdad.

DECIMOCUARTA. - La situación europea contribuye, por un lado, al fomento del rol de la mujer como cuidadora de sus descendientes y el hogar y del hombre como benefactor de los recursos y, por otro, a la perpetuación de las desigualdades laborales basadas en la idea de que los hombres resultan más productivos para una empresa dado que cuando tienen una hija o hijo no es preciso que dejen de trabajar obligatoriamente. Sin embargo, existen algunos países más avanzados en lo que se refiere a estas políticas de igualdad como Finlandia o Alemania en los que los permisos de paternidad son muy superiores a los de la mayoría de los países.

DECIMOQUINTA. - El principal objetivo de la LOI es hacer efectivo el principio de igualdad de mujeres y hombres en aquellos ámbitos donde las mujeres están especialmente discriminadas y por ello regula las relaciones laborales y propone actuaciones para favorecer el empleo de las mujeres, facilitar su carrera profesional y mejorar la conciliación de la vida familiar y laboral. Se puede considerar que, en relación con las medidas de conciliación de la vida familiar, personal y laboral, la ley es breve ya que se limita a reconocer el derecho a la conciliación, pero establece un marco normativo muy importante para poder adoptar medidas con el objetivo de conseguir ese equilibrio tan necesario. Se entiende que después será desarrollado en el derecho laboral ya que, en este aspecto, la legislación anuncia lo que se "debe hacer" pero no incide y concreta el tipo de acciones a desarrollar; siempre deja en manos de la negociación colectiva el desarrollo de estas.

DECIMOSEXTA. - El Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (PEIO) a nivel Estatal es una herramienta con la que contamos en nuestro País para la planificación por los poderes públicos de acciones para favorecer la igualdad y no discriminación. El plan vigente actualmente contiene medidas de carácter genérico para la integración plena de las mujeres en el mercado laboral, que no se concretan, ni se evalúan, ni se desarrollan, ni se establecen, ni se aprueban programas para poner en práctica medidas definidas, ni se dotan presupuestariamente, ni se trabajan las posibles soluciones con los agentes sociales. La más importante de las medidas adoptadas en España para la igualdad de oportunidades por razón de sexo en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI). Efectivamente esta norma ha proporcionado un marco legal sobre el que comenzar a remover las barreras que impiden a las mujeres entrar en el mercado laboral en condiciones de igualdad, pero es preciso comenzar a desarrollar políticas activas de igualdad en las empresas y para ello es preciso que los agentes sociales (representantes de la parte empresarial y representantes del personal laboral) desarrollen una política sindical y patronal educativa para poder cambiar la asignación de roles, ya que actualmente conservan una copia del modelo patriarcal. La lucha por la integración plena de las mujeres en el mundo laboral, y la corresponsabilidad en el cuidado de la familia avanza en el

plano teórico, pero no avanza en la práctica, la legislación no puede implementar las medidas que contiene si no participan de forma activa los agentes sociales.

DECIMOSÉPTIMA. - Los permisos de maternidad y paternidad han evolucionado de forma paulatina durante los últimos 100 años y es que con la finalidad de que no haya ningún tipo de discriminación a la hora de elegir entre un hombre y una mujer para un puesto de trabajo por la posibilidad de que la mujer coja una baja por maternidad, se pretende igualar ambos permisos. En el año 1900 se dieron los primeros pasos para proteger a las mujeres trabajadoras tras el parto ya que podían solicitar un cese en el trabajo por próximo alumbramiento y que este puesto se reservara al menos hasta las siguientes 3 semanas posteriores al parto. Sin embargo, no fue hasta 30 años después, con la II República donde se reconocería el primer permiso de maternidad, conocido como el Seguro Obligatorio de Maternidad que concedía un subsidio de 12 semanas a las madres. No obstante, con la llegada de la guerra civil y posteriormente el régimen franquista todos estos derechos y avances fueron derogados.

Durante esta época la mujer tuvo más dificultades para acceder al mundo laboral ya que su principal labor era ejercer de madre y dedicarse al cuidado de la casa, siendo el hombre el encargado de mantener a la familia. Para potenciar la natalidad muy mermada por la guerra y la postguerra se crearon subsidios familiares donde se daban diferentes ayudas.

En los siguientes años de la dictadura – años 50 y 60- la necesidad de población activa para la expansión industrial del país vio la necesidad de que la mujer se fuera incorporando cada vez más al mundo laboral, y a principios de los años 70 el Decreto del 20 de agosto de 1970 otorgó a la mujer embarazada la posibilidad de darse de baja temporalmente entre 1 y 3 años. Con la llegada de la democracia, el ET estableció 14 semanas de permiso para la madre tras el parto y dos días para el padre y 4 en caso de fallecimiento.

Nueve años más tarde, en 1989, se amplió este permiso de maternidad de 14 a 16 semanas, siendo las primeras 6 semanas inmediatamente posteriores al alumbramiento y disfrutadas por la madre, de las otras 10, cuatro podían ser disfrutadas por el padre si la madre daba el consentimiento. En el caso del padre, durante este periodo se amplió a 4 días de permiso. Y no fue hasta el año 2007 cuando el permiso de paternidad se amplía de 4 a 13 días ininterrumpidos, con la finalidad de fomentar la igualdad entre hombres y mujeres. En 2017 se volvió a ampliar el permiso de paternidad de 13 a 28 días; en 2018 se alargó de 28 a 35 días y el 1 de abril de 2019 entra en vigor un nuevo permiso que aumenta de los 35 días que disponen los padres en la actualidad a 8 semanas. En los próximos dos años se pretende igualar al permiso que disfruta la mujer ampliando el permiso paternal a 12 semanas en 2020 y a 16 finalmente en 2021.

DECIMOCTAVA. - El principio de corresponsabilidad avanza con la equiparación y la intransferibilidad de los permisos de maternidad y paternidad ya que

la extensión material del ámbito de protección del cuidado del menor ha optado por la vía igualitaria, suprimiendo cualquier marco de libertad a los progenitores. Este rasgo nos diferencia claramente de otras estrategias de países europeos, que optan por alargar los periodos de disfrute de la madre, en consonancia con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud de reforzar la lactancia natural y el vínculo maternofilial. Con la actual equiparación de los permisos se intenta visualizar la corresponsabilidad como un instrumento de igualdad a pesar de que la finalidad de permiso de maternidad, en un principio, es la protección de la salud de la mujer trabajadora; mientras que la finalidad de la suspensión por paternidad es facilitar y favorecer la corresponsabilidad de padres y madres del cuidado de los hijos. Ahora bien, con ello se mejora y favorece la regulación sobre conciliación de la vida familiar generándose un esbozo de derecho sin sexo, a pesar de que la finalidad de la maternidad y la paternidad sea distinta.

DECIMONOVENA. - El IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de la Comunidad Valenciana es una herramienta fundamental para incorporar la perspectiva de género en todas las políticas del Consell y diseñar medidas específicas en todas las áreas. Por ello es preciso iniciar el procedimiento para elaborar el V Plan Estratégico de Igualdad con la finalidad de fijar objetivos, actuaciones y evaluar los resultados del anterior plan, aprobado sin dotación presupuestaria por el anterior gobierno dirigido por el Partido Popular. A pesar de la situación, resaltar que cada conselleria ha trabajado sus propias políticas de igualdad, impulsado planes específicos para su plantilla, sin embargo, los mismos no suplen el que es competente para toda la Comunitat Valenciana.

VIGÉSIMA. - Las políticas de conciliación cuyo objetivo sea la corresponsabilidad han de dirigirse tanto a hombres como a mujeres y adoptarse para resolver cuestiones del ámbito público, pero también del privado. Esta nueva concepción conllevará una modificación de las estructuras sociales y un nuevo pacto social que conduzca a organizar nuestro tiempo dedicado al trabajo en el mercado laboral y el de responsabilidades domésticas y de cuidado y, por supuesto, también el dedicado al ocio, tiempo libre y vida personal de cada uno de nosotros y nosotras.

VIGÉSIMOPRIMERA. - El nuevo escenario “de los usos del tiempo” requiere un nuevo planteamiento conceptual en el que el derecho a los permisos parentales deje de ser el centro de atención, y en el que el derecho a la presencia, tanto de la madre como del padre se erija como un nuevo objetivo en sí mismo. De hecho, los permisos parentales comienzan a ser instrumentos de actuación con dos caras: en tanto en cuanto pueden implicar la perpetuación de roles de cuidado en las mujeres pueden ser en sí mismos instrumentos causantes de discriminación y así se infiere de la actual redacción de la Directiva de permisos parentales (Directiva 2010/18), que incluye entre sus objetivos el reparto de responsabilidades familiares a través de la implicación del padre en un intento de lograr el objetivo de la alteración de roles sociales en el ámbito comunitario.

Y es precisamente en esta última fase de extensión de la conciliación hacia nuevas áreas donde, en principio, tendría cabida la corresponsabilidad más allá de la vertiente jurídico laboral. En efecto, en el ámbito de la UE, el Consejo propone de manera más general otras medidas que "favorezcan un reparto equilibrado entre los trabajadores, hombres y mujeres", de los cuidados que deben dispensarse a sus familiares de manera que se consiga la igualdad real, y apunta al reconocimiento de permisos parentales intransferibles. Por ello, deducimos que los permisos parentales no son instrumentos adecuados de conciliación, al menos si no vienen acompañados del principio de corresponsabilidad; y que la cuestión de la conciliación conecta directamente con la brecha salarial porque la menor retribución femenina es factor determinante para la asunción de responsabilidades familiares.

VIGESIMOSEGUNDA. - La solución debe ir por hacer atractivo el modelo de la corresponsabilidad, con una verdadera igualdad y simetría entre hombre y mujer. El modelo patriarcal no es atractivo, además de que es injusto y no responde tampoco a la igualdad real entre mujeres y hombres. Los modelos radicales han influido en las mentalidades, pero con independencia de esta discusión, los problemas de la mayoría de la población son los de conciliación entre vida familiar y laboral. La forma de paliar un enfoque deficitario de las relaciones entre sexo y género, entre hombre y mujer, es hacer posible el modelo de corresponsabilidad e igualdad entre mujeres y hombres.

VIGESIMOTERCERA. - Los permisos parentales intransferibles y remunerados son la única vía eficaz para la igualdad. La amplia evidencia existente a nivel internacional permite establecer dos principios ineludibles que deben cumplir los permisos de paternidad si se desea aumentar la implicación de los padres en su utilización y que se resumen en:

Intransferibilidad e igualdad del periodo de permiso paterno. La experiencia sugiere que en los países en que los permisos de paternidad se han reformado, pero se ha mantenido la posibilidad de transferencia a las madres no se ha producido, en ninguno de los casos, un aumento significativo en su utilización por parte de los padres. Se debe establecer la imposibilidad de cederlo a la madre.

La evidencia confirma que los hombres solamente se toman mayoritariamente los permisos que están pagados a tasas cercanas al 100% de su salario previo. Los datos muestran además que las reformas de los permisos parentales en la línea de la intransferibilidad y la alta remuneración resultan beneficiosas en términos de coste-eficacia. Los beneficios esperados superan los costes asociados, por ejemplo, como consecuencia del aumento de la participación de las mujeres en el mercado laboral. Ello sin tener en cuenta otros beneficios no cuantificados, como la mayor implicación masculina en el cuidado de los hijos e hijas.

VIGESIMOCUARTA. - El instrumento óptimo de regulación jurídica para reducir la distancia entre la igualdad formal hasta la igualdad real en referencia

a la conciliación y corresponsabilidad es el convenio colectivo ya que dispone de mecanismos de autorregulación de las condiciones de trabajo a desarrollar en las empresas, según acuerdos consensuados entre agentes económicos y sociales. No obstante, y la práctica lo demuestra, el convenio colectivo no está siendo la herramienta adecuada para regular este tipo de cuestiones -como es el permiso de paternidad -ya que tras su análisis nos da a entender que una mujer combina el trabajo con los cuidados y no se piensa en los hombres para establecer el mínimo legal que le corresponde. Asimismo, constatamos la falta de voluntad de la parte negociadora ya que en ocasiones no es capaz o no está suficientemente concienciada para abordar estas cuestiones las cuales pueden resultar complicadas. Siendo esto sinónimo de falta de compromiso empresarial que permita seguir avanzando hacia la corresponsabilidad y promoción de los derechos de conciliación.

A la vista de todo, y atendiendo el escenario en el que nos encontramos, en esta investigación se establecen una serie de propuestas y recomendaciones para que se apliquen a través de los convenios colectivos los cuales tienen un papel fundamental en la divulgación de la normativa legal, de otro modo lejana y desconocida por gran parte de la ciudadanía. Sería conveniente que cada convenio colectivo dejara reflectado el mínimo legal establecido en la norma sobre el permiso de paternidad con el objetivo de indicar con claridad y transparencia cual es el derecho mínimo garantizado.

Sería adecuada la incorporación de licencias que garanticen una implicación equitativa de los padres varones en la corresponsabilidad y no se basen únicamente en la remisión a la principal legislación de referencia, no obstante la conciliación de la vida personal, familiar y laboral es la temática más desarrollada en cuanto a preceptos introducidos en los convenios colectivos, sin embargo escasos convenios (42 de 189) recogen contenidos relacionados con la suspensión del contrato por paternidad sin que ninguno de ellos incentive el ejercicio de los derechos de conciliación por parte de los padres o del otro progenitor.

VIGESIMOQUINTA. - La parte sindical tiene la obligación de trabajar por la igualdad de todos los trabajadores y todas las trabajadoras; no solo para la mitad de la plantilla -hombres- y es que a través del estudio y análisis del “permiso de paternidad” parece que la política sindical no incide en el fomento de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ya que no desarrolla ningún tipo de acción para desarrollar lo que anuncia la ley en el ámbito de la conciliación.

VIGESIMOSEXTA. - En España, los distintos Acuerdos Interconfederales sobre negociación colectiva han venido recogiendo desde el año 2002 criterios en materia de igualdad de trato y oportunidades, adquiriendo un papel más relevante desde el III Acuerdo para la Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017. En este Acuerdo los interlocutores sociales resaltan la necesidad de una especial atención a la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres en el mundo laboral, acordando integrar en los convenios colectivos medidas o

criterios que mejoren el acceso al empleo de las mujeres, la promoción y la formación de las mismas, prestando especial atención a la contratación de mujeres en sectores en los que se encuentren subrepresentadas, en el mismo sentido se pronunció el 157 Consejo Económico y Social en España. En el Acuerdo también se establece la necesidad de integrar en todos los convenios colectivos medidas reguladoras de la conciliación de la vida laboral, personal y familiar que compatibilicen las necesidades de los trabajadores y las trabajadoras y las empresas. Por ello, los convenios colectivos como fuente del derecho laboral son un potente instrumento para establecer normas que contengan medidas concretas para que la participación e integración plena de las mujeres en el mercado de trabajo; por su proximidad con la realidad de las empresas son el instrumento más importante y eficaz de los medios con que actualmente contamos para la remoción de obstáculos que impiden la plena integración y participación de las mujeres en el mercado laboral. Sin embargo, la utilización que se realiza de este instrumento por los agentes sociales como hemos podido comprobar mediante el estudio de campo es nula.

VIGESIMOSÉPTIMA. - Las organizaciones sindicales deben introducir de forma real en su lucha sindical la incorporación efectiva y plena de las trabajadoras en el mercado de trabajo ya que hemos denotado la ausencia de la integración de la corresponsabilidad en las políticas de igualdad, así se puede concluir que:

a) En el área Internacional: los agentes sociales formal parte del Consejo Rector de la OIT, y sin embargo no utilizan su poder en esta organización para adoptar medidas de corresponsabilidad.

b) En la Unión Europea, se encomienda a los agentes sociales el desarrollo de medidas de cuidado parental y se focalizan sus acciones en las mujeres.

c) A nivel Estatal, en el plano teórico se desarrollan normas, sin planificación para su desarrollo, y su puesta en práctica en las empresas pueden mejorarse con la negociación colectiva, y tampoco en esta área se trabaja por los agentes sociales.

e) Y, por último, tampoco en la negociación colectiva se trabaja la integración de las mujeres en el mercado laboral, se copian las normas y nada más.

Por tanto, sin la participación de los sindicatos y las asociaciones empresariales en la lucha por la integración de las mujeres en el mundo laboral, esta no será posible y de momento los agentes sociales no tienen en su agenda la defensa de esta integración. En el plano teórico hemos vistos que se desarrollan ideas para la integración, pero no se ponen en práctica porque la parte negociadora de los convenios colectivos continúa instalada en una concepción patriarcal de división de tareas trabajo y cuidado, que deben cambiar.

VIGESIMOCTAVA. - Recientemente se ha producido en nuestro país un cambio significativo con respecto a las regulaciones anteriores. Así, nuestro ordenamiento

jurídico ha pasado de hablar de permiso de maternidad y paternidad a "nacimiento y cuidado del menor" con un doble objetivo, el primer de ellos la equiparación plena entre los permisos de paternidad y maternidad con la finalidad de favorecer la corresponsabilidad en los cuidados; y combatir la discriminación laboral de la mujer.

La presente reforma apuesta por un modelo de familia igualitario donde las responsabilidades familiares, económicas y de cuidado sean distribuidas de forma equitativa; no obstante, no será posible si el hombre no asume su deber como padre de la misma forma que lo hace la madre ya que el cuidado se logra a través de la dedicación.

Constitución y secreto de las comunicaciones: desafíos tecnológicos para el derecho fundamental

Juan Ocón García

Doctor por la Universidad de La Rioja

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

SUMARIO:

I. Introducción
II. Concepto constitucional de comunicación
III. Secreto jurídicamente garantizado
IV. La intervención de las comunicaciones
V. Conclusiones

NOTA BIOGRÁFICA:

Juan Ocón García es Graduado en Derecho y Máster de acceso a la Abogacía (Premio Extraordinario) por la Universidad de La Rioja. Doctor *Cum Laude* y Premio Extraordinario de Doctorado por la misma universidad, donde es profesor contratado interino de Derecho Constitucional. Forma parte del Grupo de investigación «Poderes públicos y derechos: nuevos escenarios», y su línea de investigación principal se centra en el estudio de la actual eficacia del derecho fundamental al secreto de comunicaciones, principalmente en entornos comunicativos tecnológicamente avanzados, así como en la delimitación respecto de otros derechos fundamentales próximos.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales se ven continuamente interpelados por la realidad a la que dirigen su eficacia; de forma que los avances sociales, científicos, tecnológicos o valorativos del momento que demanda su aplicación retan la literalidad propia de su momento histórico.

Este problema está constantemente presente en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones garantizado en el art. 18.3 de la Constitución Española. Y lo estaba al momento de aventurarme a realizar la tesis doctoral que aquí brevemente reseño. La universalización de *WhatsApp* en 2012 transformó profundamente los usos de comunicación interpersonal. La revelación de Snowden sobre el programa *PRISM* en 2013 alertó de los riesgos derivados de la hiperconexión en que estamos instalados. Las carencias de la ley procesal española sobre intervención de comunicaciones, advertidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas ocasiones, fueron objeto de un importante pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que anuló en 2014 la diligencia de grabación de conversaciones orales por ausencia de previsión legal. En 2015, y como reacción a lo anterior, el legislador incorporaba a la Ley de Enjuiciamiento Criminal la necesaria regulación sobre las diligencias tecnológicas de investigación.

Mi interés en la materia encontró perfecta acogida en el proyecto de investigación «Crisis y cambio de los derechos fundamentales: la frontera del derecho fundamental en la constitución normativa» que lideraban los profesores Ricardo Chueca y Amelia Pascual, quienes amablemente aceptaron ayudarme a convertir mis vagas ideas en una tesis doctoral que pudiera merecer tal nombre.

La comunicación es condición de existencia de la persona, es decir, del ser humano en su interrelación con otros miembros de su especie; y su ejercicio en libertad demanda que la acción comunicativa se desarrolle entre actores que son *dominus* de ella. El mantenimiento de la autenticidad e invulnerabilidad de la relación comunicativa en libertad es, así visto, un logro que resulta especialmente dificultoso en relación directa a la capacidad de control de la comunicación por los propios actores. Lo que es evidente cuando la posibilidad de comunicación requiere de un soporte cuyo control es compartido con, o dependiente de, terceros.

Este escenario es el que describe nuestro artículo 18.3 CE. Un escenario comunicativo que incluye un riesgo que pretende confinar el contenido del derecho fundamental allí configurado.

Toda comunicación a distancia requiere de un medio técnico que soporte el mensaje, y a veces de un tercero ajeno. Por ello, los Estados se deciden a prever mecanismos jurídicos dirigidos a paliar los riesgos asociados a estos elementos, esto es, impedir que la existencia o contenido de la comunicación sean desvelados por personas distintas a las que se dirige y, con ello, generar un nivel óptimo de confianza en el prestador del servicio, necesario para asegurar su utilización.

Se declara así la inviolabilidad de la correspondencia, previéndose en primer lugar en normas de régimen interno de los servicios de correos y pasando a los textos constitucionales a partir del primer tercio del siglo XIX. Las normas dirigidas a tal fin se estructuran típicamente en dos proposiciones: prohibición general de ruptura del secreto de las comunicaciones y habilitación de su levantamiento, con observancia de determinadas garantías, en aquellos casos en que la protección de un bien constitucionalmente relevante legitime la intervención. En esto consiste nuestro artículo 18.3 CE.

El constituyente de 1978 no pudo imaginar la explosiva evolución de las entonces incipientes tecnologías de la comunicación durante las siguientes décadas. No obstante, la textura parcialmente abierta de la norma le ha permitido acoger en su objeto comunicaciones no mencionadas expresamente. Así, la garantía de secreto se extiende hoy, además de a las tradicionales comunicaciones telefónicas y postales, a otras modalidades comunicativas de uso generalizado como el correo electrónico, los chats o mensajes soportados por telefonía celular, y una variada gama de tecnologías que incesantemente se incorporan a la práctica diaria de comunicación social de las sociedades avanzadas.

Podría decirse que la norma iusfundamental ha superado con cierta solvencia el test de elasticidad, demostrando probada su capacidad de adaptación a cambios tecnológicos y sociales a través de la interpretación del precepto y sin necesidad, por tanto, de recurrir a su reforma. Sin embargo, como regla jurídica, la norma de derecho fundamental posee fronteras estrictas, siendo necesario distinguir con precisión los fenómenos comunicacionales protegidos, de aquellos que, so riesgo de desbordar su objeto y merma de su eficacia, deben entenderse más allá de sus fronteras.

Desde la redacción del precepto se han producido transformaciones, principalmente tecnológicas, pero también sociales y políticas, en los ámbitos de realidad que identifican los conceptos de «comunicación» y «secreto», así como en la capacidad del Estado de garantizar el espacio de autodeterminación que la Constitución proclama.

Al análisis de estos elementos dediqué mi tesis doctoral.

II. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE COMUNICACIÓN

1. *El ámbito objetivo de protección del derecho*

La correcta delimitación del objeto del derecho fundamental consagrado en el artículo 18.3 CE requiere determinar el significado que posee el concepto de comunicación en dicho precepto. Para esta tarea no contamos con una definición constitucionalmente expresa, aunque de su enunciado cabe inferir un contenido normativo que ayuda a precisar el concepto.

En primer lugar, la norma garantiza el secreto de las comunicaciones, por lo que el término *comunicación* debe ser interpretado teniendo presente el calificativo de *secreto* que le precede e inevitablemente delimita. De esta forma, solo podrán ampararse bajo el objeto de este derecho aquellas comunicaciones cuyo secreto sea susceptible de ser garantizado. En segundo lugar, el art. 18.3 CE señala expresamente, y ejemplificativamente, un elenco de modalidades de comunicación —«postales, telegráficas y telefónicas»— unidas por unas características comunes que, además de agruparlas, las distinguen de los demás tipos de procesos comunicativos. Por tanto, podrán integrar su objeto otras formas de comunicación que cumplan con tales características.

Dos son las características principales que determinan que una actividad comunicacional forma parte del ámbito de protección del derecho fundamental: que la comunicación permita la previa determinación de los destinatarios y que se trate de una comunicación soportada por medio técnico.

La noción de comunicación presente en el artículo 18.3 CE requiere que la intención del emisor sea que la información discurra exclusivamente hasta la esfera de conocimiento del destinatario y con exclusión, por tanto, de terceros, lo que exige que el número de destinatarios deba estar determinado al tiempo del inicio del proceso comunicativo. Estos requisitos de intersubjetividad y determinación de los destinatarios resultan de utilidad para configurar un parámetro de inclusión de cualquier otra actividad comunicativa en el objeto del derecho (art. 18.3 CE), o bien de su ubicación en el espacio del objeto de las libertades comunicativas (art. 20 CE). Un criterio que establece en definitiva una línea de división entre comunicación privada y difusión pública.

Esta escisión otorgaba, en el modelo de los soportes comunicativos tradicionales, un papel relevante a las características técnicas del medio y a su adecuación al fin perseguido por el emisor: bien mantener el mensaje al margen del conocimiento ajeno (correspondencia, telégrafo o teléfono); bien la divulgación informativa tratando de alcanzar la mayor audiencia posible (prensa, radio o televisión). De modo que la opción por un medio u otro orientaba la inclusión de la actividad comunicativa en uno u otro ámbito iusfundamental.

Sin embargo, las transformaciones tecnológicas han propuesto un nuevo entorno comunicativo al surgir nuevas plataformas de comunicación que han debilitado sensiblemente la frontera entre comunicación reservada y comunicación masiva. Hoy ya no es posible ubicar una concreta actividad comunicativa en el espacio de uno de aquellos derechos por referencia al medio utilizado: algunos medios de comunicación tecnológicamente novedosos permiten dirigir fácilmente comunicaciones de forma simultánea a un gran número de destinatarios; en determinadas plataformas de divulgación de contenidos se ha relativizado sustancialmente la nota de pasividad que caracterizaba tradicionalmente a los receptores de envíos masivos; y la mayoría de las denominadas redes sociales ofrecen posibilidades diversas de difusión de información y comunicación privadas desde una misma plataforma. Con estos condicionantes, el nexo entre medio comunicacional y derecho protegido que presidia las comunicaciones tradicionales queda diluido, siendo necesario acudir a criterios funcionales.

El primero de ellos es el de la predeterminación de los destinatarios. Se trata de un criterio de necesaria observancia, aunque no siempre suficiente, ya que, en la actualidad, no es patrimonio exclusivo de los sistemas comunicativos orientados a mantener comunicaciones reservadas: piénsese en los perfiles cerrados de redes sociales o servicios como la televisión por pago o el vídeo bajo demanda. Es por ello preciso complementarlo con otros, como el de la conmutabilidad de roles en la relación comunicativa y la singularidad del destinatario en las comunicaciones privadas.

Según el primero, sólo serán comunicaciones a efectos del art. 18.3 CE las mantenidas a través de aquellos medios en los que el receptor de la comunicación pueda, haciendo uso del mismo, comunicarse con el emisor, intercambiando

—conmutando— las posiciones iniciales. Este criterio permite dejar fuera del derecho fundamental las comunicaciones celebradas entre sujetos previamente determinados pero que discurren en sentido unidireccional emisor-audiencia; tal como sucede en los servicios de televisión por pago, vídeo bajo demanda o videoconferencias dirigidas a sujetos determinados, pero sin posibilidad de interactuación.

El segundo resulta de utilidad para resolver el encuadramiento de otros tipos de comunicación en que se cumple tanto la nota de determinación de destinatarios como, en cierto modo, la de conmutabilidad de roles, pero que, sin embargo, no parecen satisfacer el carácter secreto de la comunicación. Nos referimos tanto a las que se producen a través de cuentas de redes sociales que han sido configuradas por su titular para que la información publicada sólo sea conocida por un número de destinatarios determinado por aquél (seguidores); o también en foros *cerrados* que requieren un acto de aceptación de los potenciales miembros por el administrador. Los destinatarios de la información que este tipo de plataformas ofrece no son escogidos, primariamente, para mantener una comunicación privada. No son insustituibles, singulares, pues el emisor no conoce quienes serán los posibles destinatarios finales, ya que los nuevos participantes de la relación comunicacional podrán tomar conocimiento de la información publicada antes de su irrupción.

La segunda característica que debe cumplir la comunicación para beneficiarse de la garantía de secreto consiste en la necesidad de ser transmitida mediante soporte a través de la intermediación técnica de un tercero. Esta característica, presente en las formas comunicativas expresamente enumeradas en el artículo 18.3 CE, permite contraponer comunicación a conversación directa.

La norma atribuye el carácter de secreto a estas comunicaciones precisamente porque durante la participación del intermediario —el prestador del servicio de comunicaciones— se les sustrae a los comunicantes el control sobre el proceso comunicativo. En esta condición se fundamenta el carácter autónomo del derecho: «su específica protección constitucional reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación» (STC 123/2002). Es el recurso al medio el que habilita necesariamente una protección formal, por cuanto los comunicantes pierden el dominio del proceso y la capacidad de asegurar el secreto del mensaje y/o el éxito en la entrega. En las conversaciones personales, donde el mensaje se articula mediante la inmediación emisor-receptor, ambos pueden adoptar determinadas medidas para asegurar o procurar la inaccesibilidad de terceros, es decir, la reserva del contenido; nunca, claro, el secreto de la relación comunicativa.

Esta ha sido la opinión tradicional mayoritaria de la doctrina científica y jurisprudencial que, en lógica consecuencia, había venido entendiendo que no forman parte del ámbito de protección de este derecho las conversaciones

directas, mantenidas en persona y sin soporte técnico. No obstante, la STC 145/2014, de 22 de septiembre, propuso una innovación de calado al considerar que «el art. 18.3 CE no dispone una distinta protección de las conversaciones telefónicas [...] que de otras comunicaciones como las verbales, sino solo una garantía común y genérica frente a la impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma». Este cambio en la doctrina constitucional ha sido confirmado por la STC 99/2021, de 10 de mayo.

Estimamos, sin embargo, que la inclusión de conversaciones directas registradas mediante medio técnico en el objeto del derecho al secreto de las comunicaciones no es constitucionalmente correcta. La actual existencia de riesgos de confidencialidad no puede ser un argumento válido para forzar una dilatación del concepto constitucional de comunicación, por cuanto del mismo parece derivarse, sin que sea cierto, que, de no considerar amparada la intervención de conversaciones en el art. 18.3 CE, éstas quedarían radicalmente desprotegidas por el ordenamiento.

Tales supuestos pueden hallar protección en el derecho a la intimidad, que es el bien dañado propiamente en una acción de inmisión en una conversación sin mediación. Al no depender la comunicación de un soporte técnico, como es el caso de la comunicación *ex* art. 18.3 CE, corresponderá a los interlocutores la absoluta disposición sobre el grado de reserva y, por tanto, la exclusividad del control de una comunicación cara a cara. No se tratará nunca, por tanto, de conversaciones formalmente secretas, sino que se integrarán o no en «el ámbito propio y reservado [de los interlocutores] frente a la acción y conocimiento de los demás» (STC 231/1988), atendidas las circunstancias de la conversación entablada. La exclusión de terceros de una comunicación directa dependerá de la actitud de los comunicantes, «ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno» (STC 83/2002), determinada en función de varias circunstancias (tales como el volumen de voz, el lugar escogido, el número de participantes, ...). E incluso de otras características, como la condición de personaje público de alguno de los interlocutores o el interés informativo de la conversación mantenida.

2. Ámbito temporal del derecho

La transmisión de contenido en que consiste la comunicación debe ser entendida como un proceso integrado por una serie de fases sucesivas precisas para que aquélla se produzca. En puridad, lo protegido por el derecho es precisamente el proceso de comunicación, que se garantiza en un sentido formal, esto es, con independencia de que exista un contenido y, en su caso, al margen de su carácter íntimo o reservado.

La comunicación así entendida se desarrolla en un espacio temporal con unos límites inicial y final más o menos definidos. No obstante, esos límites del proceso comunicacional en abstracto —el curso temporal de una comunicación— pueden

no ser plenamente coincidentes con el alcance temporal del derecho al secreto de las comunicaciones. Por ello, es preciso fijar rigurosamente los límites del proceso comunicativo relevantes para la norma iusfundamental, lo que nos permitirá delimitar el espacio temporal protegido por el derecho considerado y, a su vez, las fases de ese proceso que quedan, en su caso, al amparo de otros derechos.

Este entendimiento de la comunicación protegida como un proceso es unánime tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional al precisar que «[l]a protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo» (STC 70/2002). Sin embargo, aquella unanimidad no llega a la determinación del alcance del proceso en que la comunicación consiste.

No plantea especiales problemas la activación del secreto en la fase inicial. Dado que el fundamento del derecho reside en la necesaria participación de un tercero que hace posible la comunicación, su correcta interpretación requiere que el inicio del proceso comunicativo protegido sea simultáneo a la participación del tercero soporte del medio. De este modo, el derecho comenzará a operar desde que el emisor cede el control de la comunicación al tercero prestador del servicio, esto es, cuando se deposita la carta, se realiza la llamada telefónica o se clica el botón de envío de un correo electrónico.

Las dificultades surgen cuando, manteniendo criterio similar en relación con el objeto del derecho, pretendemos delimitar el momento final del proceso comunicativo protegido.

No plantea problemas el contenido ya transmitido que atestigua la finalización del proceso comunicativo. En este caso no cabe protección jurídica con base en el art. 18.3 CE, sino, en su caso, en las normas que tutelan la intimidad u otros derechos. Tampoco resulta conflictivo determinar el ámbito temporal del derecho en el caso de las comunicaciones interactivas simultáneas (conversación telefónica o videoconferencia), pues parece fácil convenir que el proceso finaliza con el de la conversación, esto es, cuando todos los intervinientes desactivan el soporte.

Sin embargo, doctrina y jurisprudencia mantienen diversas opiniones sobre el alcance del derecho en su fase final en el caso de los procesos comunicativos unidireccionales (correspondencia, correo electrónico, intercambio de mensajería, ...), en relación al tratamiento otorgado a la comunicación recibida. Encontramos tres posiciones respecto al alcance final de la garantía de secreto.

Una primera posición doctrinal, ampliamente garantista aunque minoritaria (Elvira Perales, Ridaura Martínez), apuesta por extender la protección del derecho fundamental a los mensajes recibidos por el destinatario mientras se encuentren almacenados en el dispositivo y software gestor de la comunicación; es decir, la protección se hace depender de la ubicación de la comunicación recibida.

Un segundo criterio distingue entre el mensaje leído, o no, por su destinatario. Para esta posición, mayoritaria en la doctrina (Jiménez Campo, Zoco Zabala, Fernández Rodríguez, entre otros), la finalización del proceso comunicativo y, por tanto, de la aplicación del derecho, tiene lugar con la toma de conocimiento por parte del destinatario del contenido de la comunicación o, más bien, dada la dificultad de constatar el conocimiento efectivo, con la apertura del mensaje, que opera como presunción de conocimiento. La comunicación recibida pero no abierta es, para estos autores, comunicación en curso y, por tanto, amparada por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Una vez abierta, sin embargo, deberá acogerse a protección en otros derechos como la intimidad o la protección de datos.

Una tercera posición, que defendemos, entiende que la recepción supone ya finalización del proceso comunicativo en un sentido constitucional. Al igual que la protección se inicia con la participación del tercero en el proceso comunicativo, también debe finalizar cuando el prestador del servicio deja de estar presente, lo que normalmente tiene lugar con la recepción de la carta o correo electrónico por parte de su destinatario. Esta interpretación salva, por un lado, los problemas para determinar tanto el conocimiento efectivo del mensaje por parte del destinatario, cuanto la apertura de la comunicación. Pero, sobre todo, esta es la interpretación más coherente y ajustada a la naturaleza constitucional del derecho, pues parece lógico que la garantía de secreto venga únicamente orientada a contrarrestar la vulnerabilidad de las comunicaciones mientras se soportan por el medio técnico.

Dicha vulnerabilidad está vinculada a la idea de *dominio* sobre la comunicación. Mientras la comunicación transita, los comunicantes pierden el control en favor del prestador del soporte, pero, recibido el mensaje, y con independencia del momento en que acceda a su contenido, el destinatario recupera el control sobre la comunicación y sólo a él corresponde defender su confidencialidad. Con la recepción nace para el destinatario la posibilidad de conservar o deshacerse del mensaje, no existiendo ya una justificación razonable para la garantía formal de secreto.

La comunicación recibida en nada se distingue del resto de documentación o información a disposición de su titular que, aunque se trate de información sensible, o esté protegida mediante los estándares al uso, encontrará protección en otros derechos como la intimidad o la inviolabilidad del domicilio.

Por la misma razón, también deberá considerarse protegida por el secreto de las comunicaciones la intervención que tenga lugar en el mismo momento de recepción de la comunicación por su destinatario, lo que se produce, por ejemplo, en los casos de registro remoto de dispositivos comunicativos y en los que el receptor no tiene posibilidad alguna de decidir el destino de la comunicación, pues recibe la comunicación de forma simultánea al sujeto que la interviene.

III. SECRETO JURÍDICAMENTE GARANTIZADO

La noción jurídica de secreto es extremadamente compleja, debido en parte a la diversidad de categorías que el ordenamiento tutela recurriendo a este término: secreto profesional, secretos de empresa, secretos oficiales, secreto de sumario, etc.; lo que dificulta la construcción de un concepto unívoco.

En su acepción común secreto es aquello que está oculto, ignorado, escondido y separado de la vista o del conocimiento de los demás. El secreto posee, por tanto, una naturaleza relacional, transitiva. El conocimiento se mantiene oculto siempre y en todo caso respecto de alguien y algo. Hablar de secreto presupone una pluralidad de sujetos: aquellos que poseen el conocimiento y aquellos respecto de los cuales se mantiene oculto.

En su dimensión jurídica, la protección de una determinada relación a través del concepto de secreto no responde a la cualidad intrínseca de lo que se tutela, ni a un deseo de quien dispone del conocimiento que oculta. La garantía jurídica de secreto debe exigir, en coherencia con la vocación de generalidad de las normas, algo más, un plus que confiera legitimidad al Estado para amparar la ocultación de determinados conocimientos; lo que sucede cuando tal ocultación aprovecha —o su revelación daña— a un bien que el ordenamiento tutela. El secreto es, por tanto, una atribución normativa teleológicamente fundamentada.

Esta relación habilita una dualidad o (potencial) disociación entre el secreto normativamente previsto y el bien jurídico que a su amparo se pretende proteger. El secreto posee un carácter instrumental previsto por el ordenamiento al servicio de un interés jurídicamente relevante precisado de tutela. De forma que se utiliza por el ordenamiento como instrumento para proteger la intimidad —deber de secreto profesional—, la propiedad industrial e intelectual y la libre competencia —secretos de empresa—, la libertad religiosa —secreto *sacramental*—, los derechos a comunicar y recibir información veraz —secreto profesional del periodista—, la protección de datos personales —secreto estadístico—, el estatus funcionarial y la buena marcha de la Administración —deber de secreto de los funcionarios públicos—, la libre participación política —sufragio secreto—, la tutela judicial efectiva —secreto sumarial—, la seguridad del Estado —secretos oficiales—, o la libertad de las comunicaciones —secreto de las comunicaciones—.

El secreto presenta, además, una doble dimensión imperfecta, la que media entre secreto y confidencialidad.

El secreto se configura como una barrera que impide el acceso al conocimiento vedado. No hay secreto para quienes legítimamente poseen ese conocimiento oculto que se califica como tal. Para ellos regirá, en su caso, un deber de guardar oculto el conocimiento calificado como secreto: se tratará pues de un deber de reserva o confidencialidad, que presupone un círculo de cognoscibilidad limitado que impide su disposición respecto de terceros.

El ordenamiento recurre al concepto de secreto tanto para impedir que terceros accedan a un conocimiento poseído por un número limitado de personas, como para evitar que estos lo difundan. Sin embargo, esta doble dimensión del secreto es imperfecta por cuanto que no se cumple en todos los casos contemplados en el ordenamiento: la calificación normativa de secreto no supone, de manera automática, el nacimiento de un deber de confidencialidad.

1. Ámbito objetivo del secreto de las comunicaciones

En lo que aquí interesa, el secreto en el art. 18.3 CE se configura como un atributo de los procesos comunicativos mediante medios técnicos. El conocimiento vedado se identifica con el proceso comunicativo en su totalidad. Siendo el secreto un recurso para mantener oculto un determinado conocimiento, no es posible, sin quebrar su coherencia, condicionar su ocultación a que el conocimiento protegido satisfaga requisito material alguno, pues su comprobación desactivaría su objeto. Por ello, tempranamente la jurisprudencia constitucional consideró que «el concepto de "secreto" en el art. 18.3 tiene un carácter "formal", en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado» (STC 114/1984).

El art. 18.3 CE garantiza, por tanto, la ocultación de aquellos procesos comunicativos que se llevan a cabo a través de determinados medios técnicos y ello con independencia de que el mensaje sea íntimo o notorio, o incluso de que tal mensaje exista. Si el secreto se predica del proceso comunicativo, al margen de la existencia o carácter de su contenido, su ámbito objetivo, los conocimientos cuya ocultación se garantizan, deben ser todos aquellos que se generan con ocasión de dicha acción, desde la puesta en marcha y hasta la finalización del proceso comunicativo, cubriendo todos los elementos que tal proceso alberga: la existencia misma de la comunicación, su contenido (mensaje) y el resto de los datos que se generan con su activación (los denominados datos de tráfico o asociados).

En estos últimos anidan las mayores discrepancias doctrinales respecto de su encuadramiento iusfundamental. El reconocimiento de estos datos como parte integrante del objeto del derecho al secreto de las comunicaciones se declaró tempranamente por el Tribunal Constitucional en sentencia 114/1984, fruto de la integración, *vía* 10.2 CE, de la interpretación que el TEDH había realizado en su Sentencia de 2 de agosto del mismo año (*Malone c. Reino Unido*). No obstante, las actuales posibilidades técnicas permiten a los prestadores de servicios de telecomunicaciones recopilar también datos no estrictamente vinculados con concretos procesos de comunicación, lo que requiere deslindar aquellas categorías de datos que forman parte del objeto del derecho de aquellas otras que, en su caso, encontrarán protección en otros derechos.

Determinantes para el derecho fundamental son los datos de tráfico en sentido estricto, esto es, aquellos que tienen su origen en el proceso de comunicación y

que no existirían si aquél no se hubiera activado. En esta categoría se incluyen los datos indicativos del origen de la comunicación (p.ej., número de teléfono del emisor), del destino de la comunicación, de la ruta seguida por la comunicación o encaminamiento, del momento y duración de la comunicación, del volumen de la información transmitida y del tipo de comunicación. Por otro lado, serán datos eventualmente de tráfico aquellos que ocasionalmente pueden ser calificados, o no, como de tráfico: lo que sucede porque no siempre aparecen vinculados a procesos de comunicación. El mejor ejemplo es el de los datos de localización. Por último, quedan excluidos del concepto de datos de tráfico, los «datos de suscripción o de abonado», aquellos que el prestador del servicio de comunicación recaba del abonado al suscribir el contrato.

Pues bien, sólo los primeros forman parte del derecho fundamental, y solo en tanto se proceda a su intervención sobre procesos comunicativos en curso. El acceso a datos de tráfico referidos a comunicaciones pretéritas y almacenados en soportes físicos quedarán al amparo de los derechos fundamentales a la protección de datos o a la intimidad, según se encuentren en poder de los prestadores de servicios o de los propios comunicantes. Serán, por tanto, la pertenencia funcional a una concreta comunicación (ámbito objetivo) y la inmisión durante el tránsito comunicativo (ámbito temporal) los elementos que determinen que un dato vinculado a las comunicaciones se incluye en el objeto del derecho protegido por el art. 18.3 CE.

2. Ámbito subjetivo del secreto

El art. 18.3 exige para que se entienda vulnerado, en coherencia con el recurso al concepto de secreto para garantizar la inaccesibilidad a las comunicaciones, que el acceso al conocimiento cuya ocultación se protege provenga de un tercero ajeno a quienes ya lo poseen. Por ello, acertada y tempranamente, el máximo intérprete constitucional afirmó que este derecho «no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida» (STC 114/1984).

La comunicación es una transmisión de expresiones de sentido que, una vez recibida por su destinatario, se integra en su esfera intelectual. Supone necesariamente el levantamiento de su ocultación a favor del destinatario comunicacional. Por tanto, la retención del contenido de la comunicación por parte de su destinatario, sea de forma física, como en el caso de la correspondencia *intercambiada*, o mediante grabación o reproducción, no supone vulneración alguna del derecho en la medida en que no hay —no puede haber— ruptura del secreto.

Tampoco opera completamente el secreto respecto al prestador del servicio soporte de la comunicación. Aun cuando tiene la consideración de «tercero ajeno a la comunicación», por cuanto no emite, ni a él se dirigen, las expresiones de sentido en cuyo intercambio la comunicación consiste, requiere, para proporcionar su necesaria intermediación técnica, del acceso a determinados

elementos de la comunicación que, para el resto, permanecen sujetos a secreto. Así sucede con aquellos datos que necesita conocer para hacer posible la comunicación y, en su caso, para facturarla: la existencia de la comunicación, desde luego, pero también otros datos externos que permiten su activación técnica —identidad de los comunicantes (o de los titulares de la «línea»), fecha, hora de inicio y fin y, por tanto, duración, etc.— y, en ocasiones, el propio mensaje transmitido (piénsese en las comunicaciones telegráficas o en otras modalidades que requieren constancia de su contenido, como el burofax o el servicio de telegrama online).

Por tanto, frente al prestador del servicio de comunicaciones, será oponible el secreto en todo aquello que no resulte técnicamente preciso para hacer posible la comunicación y el correspondiente abono de la prestación proporcionada; en iguales condiciones que para cualquier otro tercero ajeno. Pero además, para garantizar completamente la inaccesibilidad de las comunicaciones, el ordenamiento activa respecto del prestador del servicio el mecanismo oportuno para impedir que el conocimiento rebase el círculo reducido de personas que lo poseen, quedando así sujeto a un deber de confidencialidad, del que solo podrá ser dispensado con arreglo a norma jurídica.

3. *El secreto tecnológicamente garantizado*

El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se cimienta substancialmente sobre dos mecanismos. Por un lado, la prohibición de descubrir el proceso comunicativo blindado con el secreto. Por otro, la prohibición de revelar aquello conocido bajo condición de confidencialidad. Estas dos técnicas resultan en principio suficientes para evitar potenciales intromisiones en los sistemas comunicativos tradicionales y además se adecúan a la estructura que la norma iusfundamental dispone, al garantizar el secreto y, a su vez, permitir su alzamiento en los casos previstos.

No obstante, la incorporación por defecto de técnicas de cifrado extremo a extremo a plataformas comunicativas de uso generalizado ha alterado notablemente este esquema, por cuanto buena parte de las comunicaciones intercambiadas cada día resulten ilegibles por terceros en caso de ser interceptadas mientras transitan por la red.

La criptografía mantiene con el derecho al secreto de las comunicaciones una relación inevitablemente ambivalente, pues si bien refuerza materialmente el secreto comunicacional, obstaculiza su legítima desactivación también en los casos constitucionalmente permitidos. Por ello, la generalización de su uso ha provocado la reacción de los Estados que, al ver limitada su capacidad legítima de interceptar comunicaciones y, por tanto, sus funciones de mantenimiento de la seguridad pública y persecución delictiva, han propuesto establecer restricciones de uso. Las eventuales soluciones en este frágil binomio libertad-seguridad, abarcarían desde la absoluta prohibición del uso de criptografía hasta

su total libertad. Se hace en todo caso necesario determinar en qué medida el reconocimiento de un derecho fundamental al secreto de las comunicaciones puede influir en los posibles modos de regular el uso de técnicas de cifrado.

Su contenido esencial, aquello que se impone a la voluntad del legislador, se identifica con la prohibición constitucional de desvelar la comunicación, a la vez que eximir de dicha prohibición, en los presupuestos legalmente dispuestos y con la debida autorización judicial. La criptografía, sin embargo, guarda con el derecho fundamental una relación de instrumentalidad en la que claramente puede diferenciarse derecho protegido y artificio tecnológico para su preservación, pero en ningún caso el uso de la criptografía forma parte del contenido esencial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Por tanto, no puede identificarse en el art. 18.3 CE un derecho constitucionalmente garantizado a la utilización de sistemas de cifrado de comunicaciones.

La decisión sobre el modo de regular la criptografía es, por tanto, de carácter político. Sin embargo, no se trata de una decisión incondicionada pues, en la medida en que el uso de la criptografía puede incidir, como garantía material de carácter tecnológico, en la efectividad del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones —y en la de otros— deberá tener en cuenta el sistema iusfundamental que la Constitución configura. Los derechos fundamentales poseen una dimensión objetiva que se proyecta sobre el ordenamiento jurídico y se comportan como directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa, obligando a los poderes públicos a contribuir a su efectividad. Por ello, en la medida en que el art. 18 CE enuncia una serie de derechos tendentes a garantizar espacios de inmunidad en la vida privada del individuo y a cuya efectividad puede contribuir el uso de técnicas de cifrado, su total prohibición no es una opción atendible.

La solución pasa por adoptar un sistema que permita el uso de técnicas de cifrado y, al mismo tiempo, garantice el normal desarrollo de las actividades estatales dirigidas a salvaguardar la seguridad. Las soluciones exploradas son diversas, y abarcan desde la imposición de sistemas de depósito y recuperación de claves hasta la aplicación de técnicas de criptoanálisis sobre comunicaciones intervenidas. En la actualidad, la técnica que se ha reputado como más eficaz consiste en acceder a las comunicaciones en aquellos momentos en que el cifrado no resulta operativo, recurriendo a programas de registro remoto de dispositivos como *Pegasus*, de máxima actualidad mientras se escriben estas líneas. No existe, sin embargo, una única solución, sino que la decisión de recurrir a una u otra de las técnicas disponibles dependerá de la eficacia y proporcionalidad de su uso en el caso concreto.

IV. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

El secreto de las comunicaciones no se garantiza por la norma iusfundamental disponiendo una incondicional prohibición de ruptura, sino previendo las condiciones para su levantamiento constitucionalmente legítimo. Así pues, la posibilidad de levantar el secreto de las comunicaciones constituye un límite al derecho fundamental previsto en el 18.3 CE, pues supone la negación a una persona concreta (y sobre unas concretas comunicaciones durante un tiempo concreto) de una conducta que inicialmente está protegida por el derecho: la garantía de secreto, la prohibición de su ruptura.

No obstante, la literalidad del precepto identifica de forma explícita únicamente el órgano encargado de autorizar tal posibilidad: el juez. Esta previsión limitativa no es, sin embargo, premisa suficiente para que el órgano judicial habilitado constitucionalmente pueda alzar el secreto, sino que requiere de la previa actividad del legislador para precisar, no sólo el concreto órgano judicial competente y el procedimiento oportuno, sino también los presupuestos y condiciones en que el juez, *ex lege*, puede autorizar su práctica. La explícita previsión de la necesidad de resolución judicial en el 18.3 CE debe, por tanto, ser vista como una garantía de segundo grado: en aquellos supuestos en que el legislador posibilite alzar el secreto debe ser el juez quien lo autorice, pero en estricta observancia de lo dispuesto por aquél.

El ordenamiento infraconstitucional español nunca ha estado —desde la entrada en vigor de la Constitución y, por tanto, desde el reconocimiento del derecho fundamental que venimos considerando— carente de norma que permitiese al juez, en la fase instructora del proceso penal, alzar el secreto de determinadas comunicaciones. La Ley de Enjuiciamiento Criminal preveía ya desde 1882 la posible intervención de la correspondencia postal y telegráfica del procesado. Sin embargo, la reserva de ley no se colma con la mera existencia de la medida limitativa del derecho fundamental, sino que, en atención a los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de las normas, la ley que la desarrolle debe satisfacer criterios de previsibilidad y precisión.

El problema al momento de aprobarse la Constitución se encontraba precisamente en la insuficiencia de la regulación legal del límite, y ello tanto por la falta de previsión expresa de la posibilidad de intervenir ciertas comunicaciones —hasta 1988 no se regula, pese a su práctica frecuente, la intervención de comunicaciones telefónicas en la LECrim— como, colmado lo anterior, por la escasa precisión de los presupuestos y condiciones fijados en la norma para llevar a cabo tal actuación.

Las carencias en la *calidad* de la ley habilitante de la intervención fueron advertidas por diversas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asuntos *Valenzuela Contreras* y *Prado Bugallo*), señalando que la ley española no cumplía con las exigencias debidas de accesibilidad y precisión. Sin embargo,

el Tribunal Constitucional consideró que no eran contrarias a la Constitución las autorizaciones de intervención de formas de comunicaciones no reguladas que, atendidas las garantías previstas para la correspondencia, acogieran una rigurosa motivación del juicio de oportunidad y la proporcionalidad de la intervención, diferenciando así entre el *peligro* del actuar arbitrario que la ausencia de precisión legislativa pudiera conllevar y el hecho de que el juez, efectivamente, hubiera actuado arbitrariamente (STC 49/1999) y permitiendo, por tanto, sanar las insuficiencias de la norma por el buen hacer judicial en su aplicación.

La solución llegará finalmente con la aprobación, diecisiete años después de la primera condena del TEDH a España, de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. La reforma incorpora al articulado de la LECrim, como expresamente reconoce su Preámbulo, los criterios que jurisprudencialmente habían sido señalados como de necesaria observancia y, efectivamente, resultan perfectamente reconocibles todas y cada una de las garantías que el TEDH había considerado que debían estar presentes en la ley para entenderla conforme al Convenio en términos de previsibilidad y precisión (entre otras, la previsión de un catálogo de delitos que permiten la activación de la medida, su duración o su control judicial).

V. CONCLUSIONES

I. El artículo 18.3 de la Constitución española de 1978 garantiza un derecho fundamental autónomo dirigido a descartar los riesgos propios de los procesos comunicativos a través de medios técnicos, así como los derivados de la necesaria participación de un tercero. De ahí que la garantía iusfundamental se disocie del contenido comunicado: el secreto posee naturaleza formal y protege el proceso comunicativo en su totalidad.

El objeto del derecho fundamental se configura como prohibición dirigida al poder público. El art. 18.3 CE veda la intervención de las comunicaciones mediante su secreto y, de este modo, las asegura exentas de injerencias no autorizadas o consentidas. Tal prohibición no es absoluta, sino sujeta a excepción en determinadas circunstancias. La norma se estructura a partir de dos proposiciones típicas comunes a todos los ordenamientos: la garantía de secreto y posibilidad de su levantamiento judicial. El contenido del derecho consiste en la facultad de su titular de reaccionar frente al incumplimiento de la prohibición o la inobservancia de las condiciones constitucionalmente previstas para excepcionarla.

II. El espacio de autodeterminación viene delimitado en la norma iusfundamental por los conceptos de «comunicación» y «secreto». A falta de definición normativa expresa, el concepto de comunicación del art. 18.3 CE resulta de la concurrencia

del concepto de secreto, de las características comunes a los medios expresamente enunciados en el precepto, y de los bienes y valores jurídicos fundamento del derecho. Las comunicaciones que se benefician de la garantía de secreto son así las consistentes en un intercambio de expresiones de sentido, entre personas determinadas y mediante soportes que permiten su transmisión en canal cerrado.

La eficacia temporal del derecho no alcanza a todas las fases del proceso comunicativo en abstracto, sino tan solo a aquellas en que la vulnerabilidad asociada a la dependencia técnica del tercero requiere la garantía formal de secreto. El secreto despliega su eficacia en aquellas fases en que el tercero prestador del servicio comparte el control de la comunicación con los interlocutores.

En el caso de comunicaciones bidireccionales simultáneas —telefonía o videotelefonía— la garantía de secreto nace con la activación del soporte por el emisor y cesa con su desactivación por todos los intervinientes en el proceso comunicativo. En comunicaciones unidireccionales de tracto alternativo —correspondencia, telegrafía o mensajería telemática— el secreto opera desde que el emisor cede el control de la comunicación al tercero prestador y hasta su recuperación por el destinatario con la recepción del mensaje. Y ello con independencia del momento en que se produzca el acceso intelectual a su contenido o se lleve a cabo la apertura de la comunicación como presunción de conocimiento. Con la desactivación del soporte o la recepción del mensaje los registros resultantes del proceso comunicativo devienen datos estáticos ajenos al objeto de este derecho.

III. El concepto de secreto de nuestro ordenamiento jurídico reconoce un dominio del conocimiento por parte del sujeto habilitado y una facultad de exclusión del acceso de terceros. Todo ello al servicio de bienes y valores jurídicos constitucionales.

En el art. 18.3 CE el ámbito objetivo del secreto se predica del proceso comunicativo en todos sus aspectos: existencia, contenido comunicado y datos asociados tales como circunstancias del proceso, fecha, duración o identificación de los medios utilizados. Desde un punto de vista subjetivo, el secreto supone un límite al conocimiento ajeno, por lo que no opera entre los participantes en el proceso comunicativo. Tampoco opera frente al prestador del servicio respecto de aquellos datos precisos a su función de intermediarlo; sobre ellos rige un deber de confidencialidad del que, no obstante, puede ser dispensado con arreglo a norma jurídica habilitante.

El recurso al cifrado no forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, sino que guarda con él una relación de instrumentalidad: una cosa es el derecho protegido y otra el artificio técnico al servicio de su preservación. Por tanto, la decisión política sobre la regulación del uso de criptografía solo puede serlo de oportunidad; y hasta el límite del respeto de la dimensión objetiva del sistema iusfundamental que la Constitución configura.

En tal sentido, se propone:

1. El rechazo de una prohibición absoluta de su utilización como técnica de protección del secreto.

2. Su reducción a un uso mediante protocolos descriptores de los supuestos de acceso y desactivación de la protección encriptada de una comunicación concreta.

3. Los supuestos podrían consistir, en el estado actual del conocimiento científico tecnológico, en el recurso a técnicas desactivadoras mediante suplantación, criptoanálisis, registro remoto y establecimiento de deberes de colaboración de terceros

4. Los instrumentos anteriores son preferibles, en atención a los bienes jurídicos en juego en el art. 18.3 CE, al establecimiento de una regulación general de los elementos internos de los sistemas de cifrado, como sucede en el régimen de depósito y recuperación de claves.

IV. La mera activación de un proceso comunicativo incluye, con independencia de su contenido y resultado, un conjunto de datos técnicos indicativos del origen y destino de la comunicación, encaminamiento, datos temporales, volumen de la información transmitida y tipo de comunicación. Estos datos de tráfico se suman a aquéllos que el proveedor de servicios de comunicaciones posee como resultado de la relación contractual que mantiene con su cliente y que son ajenos al proceso de comunicación concreto.

Sólo los primeros —datos de tráfico de la comunicación concreta— forman parte del objeto del derecho al secreto de las comunicaciones; y sólo cuando nacen y permanecen como parte indisociable del proceso comunicativo en curso. El acceso a datos de tráfico de comunicaciones finalizadas, y por tanto obrantes en los dispositivos de los comunicantes o en poder del prestador del servicio de comunicaciones, en correcto cumplimiento del deber legal de conservación, excede del objeto del art. 18.3 CE. Su tutela podrá corresponder, en su caso, a otros derechos como la intimidad o la protección de datos de carácter personal.

V. El secreto de las comunicaciones no posee carácter absoluto, sino que incluye un espacio de injerencia constitucionalmente conforme.

La posibilidad de levantar el secreto de las comunicaciones constituye un límite al ejercicio del derecho fundamental previsto en el art. 18.3 CE. Pese a que la literalidad del precepto solo alude al órgano judicial, se trata de una habilitación de segundo grado que requiere la previa intervención del legislador para regular su procedimiento y presupuestos.

Además del respeto al contenido esencial del derecho, la ley debe satisfacer criterios de previsibilidad y precisión en el desarrollo del límite, y hallar fundamento en la protección de un bien o interés jurídico constitucionalmente legítimo.

Por su parte, la decisión judicial de intervención de comunicaciones deberá atender, además de a los presupuestos legislativamente dispuestos, a la necesaria superación del juicio de proporcionalidad.

La mayor protección de los derechos humanos[1]

Pablo Sánchez-Molina

Doctor por la Universidad de Sevilla

1. El presente trabajo es un resumen de mi tesis doctoral defendida en la Universidad de Sevilla. Si el lector desea un análisis en profundidad o consultar el aparato bibliográfico utilizado puede consultarse Sánchez-Molina, Pablo (2021): *La «mayor protección» como criterio racionalizador de la fragmentación de los derechos humanos en el constitucionalismo global*. Thompson Reuters Aranzadi.

SUMARIO:

I. Evolución cronológica de la investigación: de la tesina a la tesis doctoral
II. Breve resumen de la tesis doctoral
III. Conclusiones

NOTA BIOGRÁFICA:

Pablo Sánchez Molina obtiene el título de Licenciado en Derecho por la Universidad de Málaga en el año 2011. Tras ello, comienza su carrera investigadora (bajo la tutela del Dr. Ángel Rodríguez) en el ámbito del Derecho Constitucional con la defensa, en el año 2012, de una memoria de licenciatura titulada "Europa y la Constitución: la idea europea en las Cortes Constituyentes de 1978 y en las reformas constitucionales de 1992 y 2011". En el año 2013 obtiene el título de Máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Asimismo, ha realizado unas estancias en el Instituto Universitario Europeo de Florencia bajo el paraguas de Academia de Derecho Europeo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Berkeley y en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg).

Ha estado contratado por la Universidad de Sevilla, en calidad de Personal Investigador en Formación, a través del programa de becas de la Obra Social "la Caixa" para doctorados en universidades españolas habiendo realizado una tesis doctoral *cum laude* que lleva como título "La «mayor protección» como criterio racionalizador de la fragmentación de los Derechos Humanos en el constitucionalismo global" (defendida en diciembre de 2019). En la actualidad está contratado por la Universidad de Málaga, como Profesor Ayudante Doctor en el Área de Derecho Constitucional.

I. EVOLUCIÓN CRONOLÓGICA DE LA INVESTIGACIÓN: DE LA TESINA A LA TESIS DOCTORAL

No estamos descubriendo la pólvora si admitimos que el resultado final de una investigación suele distar de la idea inicial. Este hecho dista de ser indeseable, por el contrario, es una buena noticia. Admitir la evolución de una investigación es corroborar su madurez. Si, por el contrario, un investigador no evoluciona de la mano de su investigación no estaremos ante un verdadero trabajo de ese calado.

En nuestra opinión, investigar es más que corroborar varias hipótesis. Es cierto que las hipótesis son esenciales en cualquier investigación, pero creemos que

son el medio y no constituyen un fin en si mismo. Plantearse diferentes hipótesis y el afán por comprobarlas actúan como el combustible que nos hace avanzar. Es cierto que la finalidad de una investigación es argumentar en base a derecho una respuesta afirmativa, negativa o incluso eclécticas a las hipótesis iniciales, pero también es muy importante lo aprendido por el investigador en este camino.

Como apuntábamos, la energía en la investigación la suministra el interés en resolver una o varias hipótesis y, precisamente, en nuestro trabajo se trataron de resolver un gran número. Estas, como veremos, parten de un origen (y a partir de ese momento todo comienza a fluir). En cambio, como apuntábamos al final del párrafo anterior, no consideramos que dar solución a las hipótesis planteadas sea lo más importante en la realización de una tesis doctoral. Sin duda, lo más importante son las habilidades que un trabajo de este calado aporta a quien lo realiza. Entre estas habilidades, imprescindibles para el devenir de una carrera investigadora, destacan la mejora de la lectura, la escritura, la argumentación, la capacidad de empatizar con ideas no compartidas o la humildad, pues hay trabajos impresionantes por el ancho mundo del Derecho Constitucional. A su vez, la posibilidad de acudir a otras universidades a investigar contribuye a alcanzar una visión cosmopolita del mundo y valorar su diversidad, también jurídica.

La investigación jurídica no, es más, ni menos, que leer y escribir. En nuestro caso ha supuesto un enriquecimiento tanto personal como profesional, habiendo interiorizado las habilidades anteriormente expuestas. Sin duda, el doctorado ha supuesto una experiencia vital. Esta percepción se ve acrecentada por el principal cambio de rumbo que hizo que la idea inicial se modificara por lo que es el trabajo final (tuvo lugar tras nuestra primera estancia de investigación, en la Universidad de California, Berkeley).

Un investigador no debe perder de vista estos matices que hacen grande la investigación que se le encomienda y que constituyen una fuente de inspiración para el devenir de este tipo de trabajos que son a la vez solitarios y sociables. El día a día en la biblioteca es, a veces, difícil y solitario, pero, por el contrario, el contacto con la comunidad científica, la posibilidad de conocer otras culturas académicas y el diálogo con los autores a través de las lecturas de sus libros y artículos constituyen un valor añadido a esta pasión convertida en profesión.

Sin querer partir de una falsa modestia, simplemente poner al lector en contexto y evitarle sorpresas, nuestra tesis doctoral no es perfecta ni resuelve aspectos imprescindibles para el devenir del Derecho Constitucional. La verdad es que este nunca ha sido nuestro objetivo, sino que el principal ha sido aprender y en ese camino, y con una magnífica dirección, todo ha ido fluyendo. Utilizando un símil que, en ocasiones, utiliza mi director, el despegue se inició según lo esperado, aunque con algo de retraso, algunas turbulencias han aparecido durante el viaje, pero nada importante y, en cambio, el aterrizaje ha sido declarado de emergencia (al parecer, esto no dista mucho de ser lo más habitual). Este trabajo, al fin, ha llegado a buen puerto, pero no debemos auto engañarnos. El camino de

un investigador nunca se acaba, siempre queda espacio para el conocimiento y lo mejor de este ámbito es que cuanto más vas avanzando, te vas dando cuenta su inmensidad, de la inmensidad del conocimiento.

El primer paso consistió en encontrar un ámbito de actuación, en buscar una primera hipótesis. Para ello, tras acabar la licenciatura en derecho decidimos empezar por la realización de una tesina de investigación[2]. Este hito es de importancia por dos motivos. En primer lugar, porque la tesina de licenciatura constituyó nuestro primer acercamiento a la investigación y, por tanto, nos permitió aprender las técnicas investigadoras de primera mano. Y, en segundo lugar, por el tema a tratar: la influencia de Europa en el proceso constituyente y las dos reformas de la Constitución Española.

Aquel trabajo trataba de demostrar la existencia de una cierta «idea de Europa» tanto en el proceso constituyente como en las dos reformas constitucionales posteriores. Esta hipótesis se confirmó en tres vertientes. Una consecuencia de la influencia europea en el proceso constituyente de 1978 fue la calidad jurídica y el carácter mixto de nuestro texto constitucional. La presencia del constitucionalismo europeo hizo que nuestra Construcción fuera más original de lo que a primera vista pueda parecer, ya que entremezcla las técnicas acogidas de las constituciones europeas adaptadas al caso concreto de España, y a esto le añade técnicas propias de gran originalidad, como es el caso de las Comunidades Autónomas. La influencia de las técnicas europeas combinadas con técnicas originales hace que nuestra Constitución tenga un gran componente de mestizaje.

La importancia de este estudio dista de encontrarse solo en sus conclusiones, sino en el florecimiento de una forma de percibir el derecho constitucional que ha sido muy importante en el desarrollo de nuestra tesis doctoral: la globalización del derecho. Consideramos que un investigador en el Siglo XXI, y más aún si se centra en los DDHH, debe estar muy pendiente en las evoluciones internacionales ya que estas tendrán un gran impacto en las regulaciones internas. No podemos perder de vista, se destacó a lo largo de esta tesis doctoral, que el clásico derecho de producción interna ha pasado a interaccionar con otra serie de normas, de producción externa, que ha revolucionado el mundo del derecho.

No es lo mismo la denominación que el contenido, pero, incluso, podemos ir más allá al apreciar la diferente aplicación de una misma norma dependiendo del sistema jurídico en el que se incardine. En definitiva, como ya adelantó Ortega y Gasset en el transcurso de los debates constituyentes de la II República, pero sigue estando plenamente vigente: el «abecedario jurídico» es común a todos los

2. Sánchez-Molina, Pablo (2012): *Europa y la Constitución: la idea europea de en las Cortes Constituyentes de 1978 y en las reformas constitucionales de 1992 y 2011*, Memoria de licenciatura, *inédito*.

pueblos, y que la originalidad de cada cual consiste sobre todo en la combinación de dichas «letras»[3].

Con esta lección aprendida durante un año dejamos la investigación de lado para cursar el Máster del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Tras este importante paso, en el que pudimos centrarnos en los ámbitos esenciales de nuestra disciplina y hubo uno que nos llamó la atención: la protección internacional de los DDHH. Comenzamos a acercarnos a este ámbito a través del derecho de sufragio contenido en el art. 23 CE y las otras fórmulas de participación del art. 9.2 CE. De hecho, el Trabajo Fin de Máster presentado iba en esta línea al centrarse en las Elecciones al Parlamento Europeo, concretamente, en la transposición en España de las Directivas 93/109/CE y 2013/1/UE[4].

Es cierto que el objeto de estudio se centró en la Unión Europea, pero, también, constituyó nuestra primera aproximación al análisis de un derecho en un ámbito supranacional. De hecho, en esta línea continuamos con otras publicaciones[5]. A partir de ese momento decidimos dar el primer giro a nuestra línea de investigación y, para ello, comenzamos con la doctrina del margen de apreciación en el TEDH. Los primeros trabajos se centraron en analizar los dos ámbitos, el electoral y la doctrina del margen de apreciación[6].

La idea de comenzar con la doctrina del «margen de apreciación nacional» surgió por las dificultades de considerar la jurisprudencia que contenía este tipo de pronunciamientos como aplicable por terceros Estados. Al iniciar la búsqueda de un tema de investigación que estuviera englobado en la protección internacional

3. «Este artículo o el otro, es decir, las piezas del aparato gubernamental, podrán haber sido incluso transcritas de cartas forasteras. ¡No faltaba más! El abecedario jurídico, las piezas del edificio civil son hoy comunes a todos los pueblos y usar otros sonidos elementales no fuere sino arcaísmo o extravagancia. La originalidad, pues, sólo ha de existir en la combinación. No son las letras sueltas sino el enjambre de la palabra quien porta el sentido de quien es o no es original», intervención de José Ortega y Gasset en el Pleno del Congreso de los diputados en la sesión de 4 de septiembre de 1931, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, citado por Oscar Alzaga Villaamil (2005), en *Derecho político español según la Constitución de 1978 I*, Constitución y Fuentes del Derecho, 3ª Ed, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Pág. 261.

4. Sánchez-Molina, Pablo (2013): *Elecciones al Parlamento Europeo, Directiva 93/09/CE y Directiva 2013/1/UE. Análisis y necesidad de adaptación del ordenamiento jurídico español*, Trabajo Fin de Máster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, *inédito*.

5. Sánchez-Molina, Pablo (2016): "El derecho de sufragio de los extranjeros: un análisis comparado" en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 27, págs. 355-379.

6. Sánchez-Molina, Pablo (2014): "El margen de apreciación nacional en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas al derecho a elecciones libres" en *Revista Estudios de Deusto*, volumen 62/1 de 2014. Págs. 371-386. Y Sánchez-Molina, Pablo (2016): "Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos)" en *Eunomía: revista en cultura de la legalidad*, Tirant Lo Blanch, nº9, octubre 2015 – marzo 2016. Págs. 224-231.

de los Derechos Humanos nos dimos cuenta de la existencia de muchas y muy buenas investigaciones sobre la doctrina del «margen de apreciación nacional» que, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), concede a los Estados parte el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Sin embargo, nos sorprendió que la doctrina jurídica no se haya ocupado, con muy pocas excepciones, del importante problema que encierra el uso de esta técnica que, a su vez, pueden hacer los tribunales nacionales de los Estados parte.

La idea que impregnaba nuestro primer proyecto de tesis que se ha mantenido durante todo el desarrollo del trabajo, es la posibilidad de que, mediante la remisión de los tribunales nacionales al margen de apreciación que otorga el Tribunal de Estrasburgo, se limite la protección constitucional interna de determinados derechos. Esa práctica es, además, doblemente paradójica, pues el margen de apreciación supone una deferencia del TEDH a un Estado miembro porque cree que sus tribunales nacionales están en mejor disposición, por su cercanía a los hechos, para apreciar o no la necesidad de una restricción y elaborar su propio estándar de protección. Por lo que no parece coherente que, mediante la aplicación interna de esa doctrina, los tribunales nacionales de otro Estado miembro renuncien a tomar la decisión que, por los mismos criterios de mejor disposición y cercanía, le habría correspondido tomar.

Este riesgo de mal uso de la doctrina del margen de apreciación consumió el primer año de nuestra investigación y nos sirvió para ahondar en un ámbito complicado desde un aspecto concreto. A su vez, nos conectó con otro de los puntos cardinales de este trabajo: la cláusula contenida en el art. 53 CEDH. De hecho, el análisis de la doctrina del margen de apreciación y su conexión con la regresión de los DDHH ha dejado de erigirse en solitario como la preocupación central de nuestro trabajo, que ahora se encuentra compartida con otros problemas que pasaremos a introducir en los siguientes párrafos.

La cláusula contenida en el artículo 53 CEDH llamó nuestra atención por sus peculiares características. Si partimos, en exclusiva, de los beneficios de los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos corre el riesgo de pasar desapercibida, pero si nos planteamos los riegos acapara un primer plano. Su redacción es sencilla: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte». Pero si ahondamos en sus características y funcionamiento encontramos una interesante combinación de aristas que cambió nuestra perspectiva del trabajo y nos dejó absortos.

En análisis de la cláusula de la mayor protección del CEDH ocupa un capítulo de los cinco en los que se divide nuestra tesis doctoral, pero no es el primero de ellos. Tras las investigaciones previas y el análisis del uso de la doctrina del margen de apreciación, el art. 53 CEDH fue el siguiente siguiendo un orden

temporal y ha sido el primer aspecto que, tras profundizar en él, ha ocupado un lugar importante en nuestro trabajo. Aún así, ya hemos adelantado que no es el primer capítulo. Su inclusión como capítulo tercero, como veremos, no se debe a su menor importancia sino, precisamente, a que avances en la investigación nos llevaron a profundizar en otros aspectos que, en una correcta presentación sistemática, deben preceder a este para facilitar una mejor comprensión global de toda la problemática a la que nos hemos enfrentado.

Lo más sorprendente del análisis de esta cláusula, que trata de evitar que no se respete el principio de subsidiariedad es la distancia entre su construcción teórica y su aplicación práctica. La lógica de su inclusión es la misma que la de su primer antecedente, al que nos referiremos a continuación. En definitiva, a su través se pretendía articular una fórmula para permitir la fijación en un texto, en este caso el CEDH, de estándares de protección que pudieran alcanzar todos los Estados parte y, por otro, respetar el principio de subsidiariedad del Convenio sobre la máxima de que constituye un mínimo común de protección. Sin embargo, en la práctica, se ha convertido en una cláusula olvidada que no ha sido activada por el TEDH.

Lo que pretende la cláusula de mayor protección del art. 53 CEDH es, en última instancia, que se respete la configuración de este instrumento internacional como un suelo de protección que ningún Estado pueda limitar (con la excepción de la doctrina del margen de apreciación nacional citada anteriormente). En cambio, el riesgo de incumplimiento no es solo este. No defendemos que la labor del TEDH como garante de que los Estados parte respeten el nivel de protección contenido en los derechos del CEDH sea menor; pero sobre esta cuestión existen numerosas investigaciones. La doctrina, en muchas ocasiones, se ha centrado en analizar el contenido de un derecho concreto, incluyendo su contenido a tenor del propio precepto como de la jurisprudencia del TEDH y que, como hemos hecho referencia, combina pronunciamientos extensivos con otros más restrictivos.

Defendemos que además del riesgo, digamos, tradicional, encontramos otro: que los Estados puedan utilizar los instrumentos internacionales para limitar su protección interna, aunque sin violar con ello el mínimo común de protección recogido en un tratado internacional de protección de los DDHH, en este caso el del CEDH. En esas ocasiones, aunque un Estado parte no infringiera el mínimo establecido por el Convenio, sí lo utilizaría para limitar derechos más protegidos por su propio ordenamiento. La lógica sería diferente a las violaciones tradicionales, al respetarse el contenido mínimo, según el Convenio, de un derecho sustantivo concreto.

Encontramos dos vertientes dentro del art. 53 CEDH, una nacional y otra interna internacional. Al analizar teóricamente el contenido de la cláusula, tanto de la del Convenio como de otros instrumentos internacionales, hemos comprobado sus diferentes «personalidades». Nuestra hipótesis sobre las diferentes

«personalidades» explica el diferente comportamiento de cláusulas de mayor protección muy similares, dependiendo del ordenamiento jurídico en el que se enclaven. En el caso del art. 53 CEDH sus peculiaridades son dos. A ambas ya hemos tenido ocasión de referirnos: la primera, la diferencia entre su configuración teórica y su aplicación práctica; la segunda, el contenido de la prohibición de limitación a la que se refiere que, en el caso del CEDH, además de incluir el derecho interno (vertiente nacional) incluye aquellos otros tratados internacionales que haya ratificado una Alta Parte Contratante (vertiente interna internacional).

A pesar de que el art. 53 CEDH parece un precepto claro y conciso, su aplicación práctica es sumamente complicada. Como «saving clause», no está pensada para blindar el contenido interno de los derechos, sino que busca, en exclusiva, evitar un mal uso del CEDH, lo que no impide que cualquier Estado parte, en virtud del principio de subsidiariedad, acometa por vía interpretativa o, directamente, a través de una modificación normativa, la reducción del nivel de protección interno de un determinado derecho.

Por otro lado, la situación se vuelve aún más compleja cuando nos encontramos ante casos en los que se combinan más de un derecho. En estos casos complicados la mayor protección de un derecho conlleva la limitación de otros y la cláusula analizada perdería su efectividad. Si a ello se le suma su inexistente aplicación por el TEDH, nos podríamos llegar a preguntar para qué sirve en realidad. Es un interrogante que quedó sin resolver en ese momento de la investigación. Para comprender el sentido de este tipo de previsiones habrá que avanzar aún más en el desarrollo de nuestro trabajo.

El siguiente giro de nuestra investigación consistió en localizar el origen de la cláusula de la mayor protección de los DDHH. Para lograr adentrarnos en las fuentes primarias que nos han permitido conocer el nacimiento de esta figura ha sido clave nuestra estancia de investigación en la Universidad de California, Berkeley. En esta universidad tuvimos la oportunidad de acercarnos a un gran número de autores que, atando cabos, nos permitió conocer uno de los descubrimientos más interesante de toda nuestra investigación sobre el primer instrumento internacional que recogió la cláusula y los motivos de dicha inclusión dentro de un derecho internacional muy cambiante.

Este descubrimiento partió de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y la diferencia entre las limitaciones intrínsecas y extrínsecas. Las primeras buscan evitar un menoscabo de las normas de un tratado, prohibiendo, por ejemplo, el abuso de derecho. Las segundas, las limitaciones extrínsecas, pretenden evitar que un tratado pueda menoscabar normas de otro. Precisamente esta es una de las finalidades de la cláusula de la mayor protección en el campo de los DDHH, aunque, como veremos, todo dependerá del sistema internacional ante el que nos encontremos.

Una vez enmarcada conceptualmente la cláusula de mayor protección dentro del derecho de los tratados, estuvimos en condiciones de datar su origen: una reforma de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Pero, como hemos indicado, lo más fascinante son los motivos de su inclusión. Hasta el momento nos hemos limitado a describir la cláusula en el CEDH y su construcción teórica basada en impedir que el propio Convenio se utilice para limitar regulaciones más protectoras de los Estados que respetarían, en última instancia, tanto el principio de subsidiariedad como su consideración como un mínimo común de protección. En cambio, lo que nos ha aportado el conocer el origen de la cláusula ha ido más allá, permitiéndonos conectar uno de los momentos más relevantes en la construcción del derecho internacional contemporáneo con nuestro objeto de estudio.

Así, en fechas cercanas a la finalización de la II Guerra Mundial, en la ciudad de Filadelfia, se decidió incorporar a la Constitución de la OIT una previsión decisiva para la posterior expansión de este instrumento internacional. La incorporación de la cláusula de la mayor protección en la Constitución de la OIT buscaba superar la siguiente dicotomía: ampliar los Estados parte y lograr niveles de protección realistas para todos los trabajadores, sin que esto supusiese un freno en el avance de la protección de los derechos ya reconocidos. Se trató de combinar una expansión universal con una protección efectiva. Una vez finalizada la segunda gran guerra, la expansión se confirmó y la OIT pasó a formar parte de la Organización de Naciones Unidas (ONU) como agencia especializada. La inclusión de la cláusula de la mayor protección permitió, por un lado, configurar un grado de protección de los derechos asequible para todos los Estados parte, tanto industrializados como en vía de desarrollo, y, por otro, no resultar un lastre para el nivel conseguido por los países industrializados.

Ese razonamiento que, a su vez, constituyó la piedra angular en la relación entre los intereses de los trabajadores y la industria, condujo a una creciente estandarización de los derechos laborales hasta el mínimo exigido. Además, su configuración como un ámbito sectorial en el que difícilmente podremos encontrar conflicto de derechos, al primar las condiciones más favorables para los trabajadores, ha facilitado su construcción teórica más pura. Como veremos, esto no ha ocurrido en el resto de los instrumentos internacionales analizados, lo que nos permitirá formular nuestra hipótesis de las «diferentes personalidades» en la segunda parte de nuestra investigación.

Además de la importancia de conocer la lógica del origen de la mayor protección en el campo de los tratados internacionales sobre DDHH, su estudio constituyó la primera publicación sobre un aspecto recogido directamente en nuestra tesis doctoral[7]. Con esta publicación, y en otras ocasiones de las que se dará referencia

7. Sánchez-Molina, Pablo (2018): "El origen de la cláusula de la mayor protección de los Derechos Humanos" en *Estudios de Deusto*, Vol. 66, núm. 1, enero-junio, págs. 375-391.

cuando sean traídas a colación, se daba cumplimiento al Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, que contempla la publicación previa, a modo de avance, de parte de la investigación que sustenta una tesis doctoral. Sin duda, el cambio de óptica en los estudios de doctorado, en cuya versión anterior la tesis debía permanecer rigurosamente inédita hasta el momento de su defensa, facilita que la investigación predoctoral pueda ser sometida, antes de la colación del grado de doctor, al control de la comunidad académica. Así, tanto a través de publicaciones como de participaciones en congresos se permite al investigador novel contrastar sus resultados con otros investigadores más consolidados e incluir en el desarrollo del trabajo matices que han enriquecido el resultado final. En nuestro caso fue muy importante la participación en el II Seminario de Trabajo: "Nuevos horizontes del Derecho Constitucional", celebrado en Lérida en febrero de 2018, en el que los planteamientos principales de esta investigación pudieron recibir un beneficioso *feedback* de constitucionalistas de primer nivel.

La cláusula de la mayor protección aparece en multitud de tratados internacionales de protección de los DDHH. En nuestra tesis doctoral nos hemos centrado en los instrumentos regionales más importantes, dos europeos y uno americano. Dentro de los europeos, como es sabido, nos encontramos, además del citado CEDH, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Y, en el sistema americano, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

La hipótesis de las «diferentes personalidades» se potencia con los análisis de la CDFUE y la CADH. En los casos del origen en la OIT y el CEDH la finalidad de la cláusula era la misma pero lo que variaba era su aplicación práctica. En cambio, como veremos, y por diferentes motivos, las previsiones contenidas en la CDFUE y en la CADH han actuado de forma diferente. En primer lugar, en el análisis de la cláusula del art. 53 CDFUE ha sido necesario adentrarnos en el análisis de la Unión Europea (UE). Como es sabido, su evolución, hasta la fecha, culminó con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la consideración de la CDFUE con valor de tratado originario junto al Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En este orden supranacional, el derecho originario coexiste con otra serie de normas, de derecho de derivado.

Además, el derecho de la UE rige el principio de primacía en el ámbito de sus competencias. En materia de DDHH, esto implica que el estándar de protección de la Unión Europeo desplazará al nacional dentro de su ámbito competencial. Este aspecto es esencial para el devenir de la cláusula de la mayor protección de los DDHH en este ordenamiento jurídico supranacional. Para llegar a la «personalidad» de la cláusula del art 53 CDFUE partimos del contenido de la disposición y las explicaciones de la carta para, acto seguido, analizar su evolución en el proyecto de redacción del Consejo Europeo de Colonia al Consejo Europeo de Biarritz. A continuación, nos centramos en la jurisprudencia al respecto para concluir que nos encontramos ante una cláusula con una personalidad muy diferente a las analizadas hasta el momento. En su virtud, no prevalecerá un estándar

interno más protector al reconocido por el derecho de la UE a no ser que la limitación afecte a la identidad nacional. En ocasiones, las cláusulas se crean con diferente finalidad de un tratado a otro y, en este caso, lo que buscaba el legislador europeo al incluir la cláusula era, precisamente, garantizar el respeto del estándar de protección de los Estados miembros en aquellos supuestos que no quedaban impregnados por el ámbito de competencias de la Unión.

En nuestra evolución como investigador novel, probar una «personalidad» de la cláusula de la mayor protección diferente a la que dio lugar a su primer antecedente fue muy importante. Esto demostraba la riqueza de este ámbito y la importancia del ordenamiento jurídico ante el que nos encontremos. Aún así, es lógico que el ámbito de la UE, por sus especiales características, contase con una cláusula *sui generis*. La sorpresa vino al comprobar que un instrumento muy próximo al que dio lugar al origen de la cláusula, la CADH, también contara con una personalidad diferente. Es cierto que las causas son diferentes, en el caso del CDFUE primó el ordenamiento jurídico en el que se enmarcaba, en cambio, la cláusula de la CADH estuvo influenciada, sobre todo, por la entidad de las violaciones y el activismo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Tras su origen, la cláusula del CEDH había sido olvidada por el TEDH; en cambio, en el caso de la CADH, la Corte IDH había potenciado una cláusula con una muy similar redacción. Como veremos, una numerosa jurisprudencia avala este extremo.

Nuestra tesis doctoral se iba completando, pero faltaba un elemento aglutinador. Habíamos sido capaces de elaborar un análisis de la cláusula de la mayor protección, pero no contábamos con un sustento teórico que fuese más allá. Así, casi por sorpresa, dimos con la teoría de la fragmentación del derecho internacional en nuestra estancia de investigación en el instituto Max Planck de Heidelberg. Una teoría que trataba de analizar las actuales consecuencias del pluralismo legal existente. Su idea principal es que las técnicas de gestión del pluralismo implementadas en el pasado, sobre todo a través de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, no eran suficientes para la racionalización del derecho internacional. La deficiente gestión de este pluralismo legal traía como consecuencia su denostada fragmentación. Por ello, algunos autores abogaban por volver a la unidad del derecho internacional. En nuestra opinión, retrotraernos en la evolución de la globalización en el ámbito jurídico es impensable y lo deseable es beneficiarnos de su potencial a través de nuevas técnicas para la gestión racionalizada del pluralismo legal. Este es el papel que creemos que puede atribuirse a la teoría del «constitucionalismo global».

El constitucionalismo global se nos presenta como una teoría facilitadora en la búsqueda de la racionalización del pluralismo legal, dentro de la cual podemos enmarcar la cláusula de la mayor protección de los DDHH. Así, una teoría particular con un origen claro estaría englobada, en nuestra opinión, en una teoría general de gestión del pluralismo normativo en el ámbito de los DDHH. Nuestro objetivo distó mucho de buscar una teorización completa de estos dos fenómenos complejos, sino que pretendió tan solo utilizar sus enseñanzas y defender los

beneficios del pluralismo legal de los DDHH siempre que se haga un uso correcto de la cláusula de la mayor protección de los DDHH.

II. BREVE RESUMEN DE LA TESIS DOCTORAL[8]

A través de nuestra Tesis Doctoral se analizaron las cláusulas de mayor protección de los derechos humanos. La cláusula de la mayor protección en los tratados sobre derechos humanos se configuró con el objetivo de conciliar la ampliación del número de Estados parte y el mantenimiento del nivel de protección de los derechos en los Estados. En concreto, nos detuvimos en las previsiones contenidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención Americana de Derechos Humanos. Con carácter previo se examinaron dos teorizaciones relevantes para comprender la gestión del actual pluralismo normativo: la fragmentación del derecho internacional y el constitucionalismo global.

Tanto la fragmentación del derecho internacional como el constitucionalismo global parten de un concepto previo: el pluralismo legal, este concepto parte del constitucionalismo multinivel en el ámbito de los DDHH como nuevo paradigma. La esencia de este fenómeno, muy ligado a la globalización en el ámbito jurídico, la encontramos en la convivencia de diferentes fuentes de producción del derecho dentro de un mismo ordenamiento jurídico. El clásico derecho de producción interna interacciona con otra serie de normas de producción externa que, a pesar de provenir de una instancia internacional, pasan a forman parte del ordenamiento jurídico nacional. Dicho esto, por fragmentación nos referiremos a su concepción como consecuencia del pluralismo legal. Esta consecuencia, atenderá, principalmente, al fracaso de los mecanismos tradicionales en la gestión de dicho pluralismo.

En cambio, la idea de constitucionalismo global, a nuestro modo de entender, se focaliza en un campo de actuación anterior, al no atender a las consecuencias de la gestión del pluralismo sino a la propia gestión del mismo. A través del constitucionalismo global se han propuesto nuevas técnicas de gestión de la pluralidad que operan a través de la aplicación de principios constitucionales al derecho internacional. El pluralismo legal en el ámbito de los DDHH no es solo inevitable, sino deseable. Esta pluralidad ha propiciado la configuración de unos canales de comunicación que han revolucionado el mundo del derecho. Una de las consecuencias más interesantes radica en el intercambio de información

8. Su título original era: "La «mayor protección» como criterio racionalizador de la fragmentación de los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Global (Las diferentes «personalidades» de las cláusulas de mayor protección en el CEDH, la CDFUE y la CADH)"

en la búsqueda de un enriquecimiento mutuo, lo que se ha denominado "*cross fertilization*". En este punto del relato es donde se percibe la importancia de la cláusula de la mayor protección de los DDHH como un mecanismo favorecedor de la racionalización de dicho pluralismo.

El origen de la cláusula de la mayor protección de los DDHH se remonta a cuatro semanas antes del Desembarco de Normandía. A la reunión en Filadelfia acudieron representantes de los 41 Estados miembros de la OIT y en el seno de dicha reunión se produjo una reforma que añadió al texto original una serie de disposiciones, entre las que se encontraba una cláusula ideada para dar respuesta a la problemática planteada ante la expansión de la OIT al resto de continentes. Ante esta disyuntiva se encontró la Organización Internacional del Trabajo: ampliar los Estados parte sin limitar la protección y el grado de cumplimiento de los derechos. No bastaba con una mera limitación de los derechos consagrados en la ILO original para que la ampliación tuviese éxito, sino que se tendría que evitar, a su vez, que la protección disminuyese en aquellos Estados industrializados.

Mientras una disminución de los estándares podría «afectar al prestigio de la función normativa y, por lo tanto, alienar a los países industrializados», mantenerlos podría dejar «prácticamente sin sentido» el compromiso de aquellos Estados menos desarrollados que, materialmente, no pudieran alcanzar el nivel de protección fijado. El artículo 19.8 de la Constitución de la OIT pretendía conjugar este riesgo sin afectar a la protección nacional de los derechos, algo aparentemente contradictorio. Por lo tanto, la cláusula del art. 19.8 de la Constitución de la OIT permitió conjugar un mínimo de protección internacional, que permitiese cumplir a los nuevos Estados parte, con otro estándar más elevado en aquellos Estados más consolidados.

Los últimos tres capítulos de nuestra tesis doctoral los dedicamos a analizar la cláusula de la mayor protección en los instrumentos internacionales citados (CEDH, CDFUE y CADH). La principal conclusión extraída parte de la hipótesis de las diferentes "personalidades". Somos conscientes de que las disposiciones no tienen personalidad, pero con esta formulación hemos pretendido describir que ante tenores literales parecidos de las cláusulas de la mayor protección en el art. 53 CEDH, art. 53 CDFUE y art. 29.b CADH, los efectos jurídicos son diferentes. En estos casos, lo relevante no es tanto el contenido concreto de la disposición sino el sistema jurídico internacional en el que se incardinan.

En primer lugar, la previsión reguladora de la mayor protección contenida en el artículo 53 CEDH se caracteriza por tener una personalidad desconcertante, en la que su finalidad originaria ha distado mucho de su nula aplicación práctica. En segundo lugar, el carácter sui generis de la UE, destacando el principio de primacía del Derecho de la UE, ha propiciado la diferente personalidad de la cláusula de mayor protección del art. 53 de la CDFUE, en comparación con el resto de cláusulas analizadas. Por último, la cláusula de la mayor protección contenida en el art. 29.b CADH se caracteriza por estar muy potenciada.

III. CONCLUSIONES

Capítulo I: La pluralidad de normas como oportunidad para la mayor protección de los DDHH: de la «fragmentación» al «constitucionalismo global»

1. El pluralismo legal, incluyendo la diversidad jurisprudencial además de la normativa, es una tendencia inevitable. La globalización ha llegado al ámbito jurídico y las relaciones crecientes entre sistemas internos e internacionales son una tónica. Además, el hecho de encontrarnos ante un fenómeno inevitable no quiere decir que su aparición sea negativa. Por el contrario, consideramos que es deseable siempre que se utilicen los métodos correctos para su gestión. En cambio, localizamos una problemática no resuelta en la gestión del pluralismo legal sobre la que es necesario ahondar.

2. La fragmentación es un término utilizado para aludir a una falta de cohesión tanto institucional como normativa entre las diferentes fuentes de producción del derecho, tanto internacionales como internas. La fragmentación se ha empleado con carácter peyorativo para describir un fenómeno que refleja la no adaptación del derecho internacional clásico a la construcción de un nuevo orden internacional (en el que predomina un solapamiento de las regulaciones debido, en parte, a la regionalización del derecho internacional y a la proliferación de tribunales internacionales de protección de los DDHH). En cambio, consideramos clave para cambiar esa tendencia peyorativa del término separarlo del pluralismo legal. La fragmentación no se asemeja al pluralismo, sino que es una consecuencia de una deficiente gestión de este. Defendemos el beneficio potencial del pluralismo bajo unas normas precisas de prelación de fuentes y superando la concepción unidimensional que solo contrapone la unidad con la fragmentación del derecho internacional. Tradicionalmente, la unidad ha sido percibida como una virtud y la fragmentación como una amenaza. Esta posición unidimensional ha sido favorecida por la incapacidad de aplicar mecanismos tradicionales de prelación de fuentes en la construcción actual del derecho internacional. Por tanto, si utilizamos, en exclusiva, los mecanismos tradicionales de gestión del derecho recogidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, corremos el riesgo de perpetuar equiparación pluralismo y fragmentación. En cambio, modificando ciertos aspectos en la gestión del pluralismo, la concepción fragmentada podría virar a otra racionalizada. Por tanto, el déficit no lo encontramos en el pluralismo legal en sí, sino en su gestión.

3. Realizar un análisis global de la fragmentación lo consideramos una tarea muy difícil y ha distado de ser un objetivo realista a lograr en nuestra investigación. De hecho, se encuentran tantas perspectivas de la fragmentación como estudiosos del tema. Por ello, consideramos que existen riegos de tratar de simplificar la realidad ante una incapacidad de comprenderla y vemos necesario abandonar la idea de realizar una teorización completa del fenómeno. Aunque nos encontramos ante un ámbito que puede generar ansiedad

debido a su dificultad, creemos que debemos aceptar nuestras limitaciones y la complejidad del fenómeno ante el que nos encontramos. En cambio, sí consideramos que existen posibilidades de implementar mecanismos de racionalización en el ámbito de los Derechos Humanos. Nos encontramos ante normativa y jurisprudencia dentro de la protección internacional de los DDHH ya que la fragmentación parte de la aplicación de una serie de criterios interpretativos y aplicativos de la Convención de Viena. No defendemos que los criterios, como el «constitucional», «sistemático» y «conforme» favorezcan la fragmentación en todos los casos, sino que, en algunos de ellos, tal y como ha indicado la doctrina, puede verse esta favorecida. Nuestra posición busca, en sintonía con alguna doctrina, enterrar la palabra fragmentación para superar su concepción peyorativa partiendo de que es consecuencia directa de una determinada gestión del pluralismo legal. Por enterrar la fragmentación entendemos que algunos elementos fosilizarán y otros se mantendrán. Por ejemplo, en el ámbito de los DDHH el principio jerárquico debería fosilizar y utilizarse como experiencia de un criterio poco eficaz para la gestión del pluralismo, al favorecer una concepción fragmentada. No compartimos la aplicación de un criterio que fomente la oposición entre sistemas enfrentados, sino que proteja la existencia de diferentes instrumentos que favorezcan una convivencia heterárquica a favor de la mayor evolución en la protección de los derechos. En cambio, criterios como el sistemático o el de interpretación conforme deberían perdurar. Por tanto, la racionalización del pluralismo normativo pasaría por incluir nuevos elementos y combinarlos con otros existentes.

4. El constitucionalismo global es una teoría de gestión del pluralismo legal que sobresale como facilitadora en la conversión de su concepción fragmentada en una más racionalizada. La diferencia entre fragmentación y constitucionalismo consiste en que mientras que primero es una consecuencia del pluralismo legal y describe un fracaso en su gestión. El constitucionalismo global consiste en una fórmula para revertir la concepción fragmentada del pluralismo. Uno sería una consecuencia y el otro una modificación de las causas para tratar de combatir los aspectos perjudiciales de la propia consecuencia. Además, la defensa del constitucionalismo global lleva intrínseca la de los beneficios del pluralismo legal encontrar de otras posiciones unificadoras del derecho internacional de los DDHH. El constitucionalismo global es una teoría que busca la aplicación de principios constitucionales al derecho internacional. El constitucionalismo global no busca implementar un sistema internacional a imagen de los nacionales, una especie de constitución global, y si lo intentase fracasaría. Nuestra posición parte de una concepción del constitucionalismo global que dista de constituir un elemento definitivo en pro de la unidad del derecho internacional. No le pedimos tanto a este fenómeno y no creemos que sea una herramienta tan potente. En cambio, realzamos su importancia como catalizador de elementos positivos en pro racionalización del pluralismo normativo. Consideramos que el constitucionalismo global trata de racionalizar tanto la relación entre sistemas internacionales distintos como entre estos y los propios Estados (conexión triangular). En este sentido, encontramos reglas

destinadas a la solución de conflictos como las de cortesía constitucional y que en el ámbito concreto de los DDHH se corresponden con las doctrinas del margen de apreciación o la subsidiariedad.

5. La protección internacional de los DDHH cuenta con una entidad propia. Nos encontramos ante un ámbito muy homogéneo, por la existencia de valores compartidos, pero que dista de la plena identidad. Así, en este campo encontraremos conflictos interpretativos y jurisprudenciales que, en muchos casos, parten de diferencias de matiz en los textos o, encontrándonos ante un mismo texto, en decisiones divergentes de sus órganos enjuiciadores. Aunque se ha defendido, por alguna doctrina, la proliferación de los instrumentos regionales como imperios separados que favorecen la fragmentación. En nuestra opinión, aunque es cierto que el pluralismo legal se ha multiplicado con su existencia, instrumentos como el TEDH han contribuido a la racionalización del pluralismo a través de la utilización de principios como el de interpretación autónoma, interpretación dinámica o de efectividad.

6. La posibilidad de una regresión de los DDHH se nos presenta como una consecuencia inevitable de su configuración de los sistemas internacionales de protección de los DDHH. Aun encontrándonos ante un ámbito homogéneo, pueden existir diferencias normativas o interpretativas. Como ahondaremos en la siguiente conclusión, esto no es un problema cuando nos encontramos ante dos instancias internacionales separadas. En cambio, sí podría afectar en la relación entre un determinado tratado internacional de protección de los DDHH y la regulación interna de un Estado parte. Así, para respetar la consideración de los instrumentos internacionales como un acuerdo de mínimos y su incorporación a las fuentes de producción normativa de los Estados, es necesario implementar la cláusula de la mayor protección de los DDHH. La aportación esencial de nuestro trabajo es la incidencia en un criterio favorecedor de la racionalización de la fragmentación de los Derechos Humanos en el constitucionalismo global: la «mayor protección».

7. Dentro de la protección internacional de los DDHH debemos diferenciar una vertiente interna de otra internacional. Dentro de la primera, defendemos la aplicación de la interpretación conforme siempre que se respete escrupulosamente las reglas de las cláusulas de la mayor protección, lo que fomentaría la recepción solo de aquellos estándares de protección más elevados a los que en el momento disponga el Estado en concreto. Dentro de la segunda, defendemos lo contrario, la defensa de la existencia de un pluralismo normativo y el rechazo a aquellos Altos Tribunales que utilicen criterios de interpretación evolutiva de forma desproporcionada. Así, defenderemos su configuración última como un mínimo común de protección.

Capítulo II: La cláusula de la mayor protección de los DDHH: origen y expansión en el derecho internacional

8. El constitucionalismo global constituye el encaje teórico al verdadero objeto del presente trabajo, la cláusula de la mayor protección de los DDHH. Su interés radica en el riesgo cierto de una regresión de los DDHH. La consideración de los tratados internacionales de protección de los DDHH como un mínimo común de protección, derivado del principio de subsidiariedad, y, por tanto, la posibilidad de que los Estados parte otorguen una protección mayor ha llevado a que la mayoría de los sistemas de protección internacional de los DDHH hayan fijado cláusulas para que esta característica suponga una traba en la evolución de los derechos codificados. Estas cláusulas se encuentran dentro de la prohibición de las limitaciones intrínsecas y que hace referencia a la imposibilidad de que la aplicación o interpretación de un derecho reconocido en un tratado internacional de protección de los DDHH produzca la limitación de otro externo que le sea igualmente aplicable a un Estado parte. Dentro de las prohibiciones de carácter extrínseco encontramos las cláusulas de la mayor protección de los DDHH. Estas tratarían de impedir la utilización de previsiones recogidas en un tratado con la finalidad de limitar la protección nacional o interna internacional. En definitiva, los tratados internacionales de protección de los DDHH al recoger la cláusula de la mayor protección están limitando la aplicación de su propia normativa en los supuestos que sea, a su vez, de aplicación otra más protectora.

9. El origen de la cláusula de la mayor protección de los DDHH lo encontramos en la reforma del art. 19.8 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1944. La cláusula de la mayor protección pretende colaborar en la consecución de los dos objetivos principales de los instrumentos internacionales y protección de los DDHH sin resultar una traba: ahondar en su concepción internacional sin que suponga un detrimento de su eficacia. La tendencia universalizadora de la OIT, que posteriormente se materializó mediante su inclusión en el marco jurídico de Naciones Unidas como agencia especializada, llevó a plantearse esta dicotomía: ampliar el número de Estados sin afectar el grado de cumplimiento y sin ser un freno a los Estados más avanzados. Mientras que mantener los niveles de protección actuales (destinados para los países industrializados) podría dejar en papel mojado el compromiso de los Estados en vías de desarrollo al no poder alcanzar el nivel de protección fijado. La disminución de los estándares de protección, para garantizar su eficacia en aquellos Estados en vías de desarrollo, podría lastrar la evolución de los Estados industrializados (lo que la doctrina ha denominado "*the race to the bottom*"). La cláusula de la mayor protección sería la piedra angular en la combinación de todos los objetivos descritos.

Capítulo III: La cláusula de la mayor protección en el CEDH

10. Partimos de la teoría de las diferentes personalidades, esto es, la diferencia aplicativa de cláusulas de protección con redacciones muy similares, dependiendo del sistema internacional de protección de los DDHH en el que se incardine. La finalidad original de la OIT no ha sido mantenida en el resto de instrumentos internacionales analizados, el CEDH, la CDFUE y la CADH.

11. La previsión reguladora de la mayor protección y contenida en el artículo 53 CEDH se caracteriza por tener una personalidad desconcertante en la que su origen ha distado mucho de su aplicación práctica. Mientras que en su origen se encuentran dos momentos en los que se desprende el motivo de su inclusión por las Altas Partes Contratantes, su aplicación práctica ha sido nula. De hecho, el último momento tuvo lugar con la entrada en vigor del Protocolo nº11, al añadirse el siguiente título al precepto: «Protección de los Derechos Humanos reconocidos». Además, en el plano teórico defendemos la claridad del sentido de la cláusula, a tenor de su redacción, pero, a su vez, la existencia de diferentes aristas que dificultan la comprensión de su extensión. Defendemos que la activación de la cláusula se produciría en el momento que un Estado parte interpretase la CEDH y que, como consecuencia, se produjese un perjuicio o limitación del estándar de protección determinado ordenamiento jurídico de un Estado parte e incluyendo los instrumentos internacionales de protección de los DDHH ratificados por dicho Estado parte. En estos casos, aún respetando el mínimo común de protección establecido por el CEDH, se estaría produciendo una vulneración del mismo. Por tanto, no toda limitación de los derechos nacionales vulneraría el art. 53 CEDH, consideramos que esta no se activará en los casos en que el Estado haya seguido una interpretación autónoma y que devenga en una limitación de los derechos estatales. En caso contrario el CEDH no dispensaría un mínimo común de protección sino 48 estándares mínimos coincidentes con la protección más alta de cada Estado parte. Además, la cláusula tampoco se activaría en los supuestos que existan conflictos de derechos, los denominados casos complicados (sí lo hará en los casos que exista un derecho y un interés particular pero no en los demás). A pesar de la riqueza teórica de la cláusula, su aplicación práctica ha sido inexistente y consideramos necesario un mayor activismo del TEDH para revertir su consideración como cláusula residual, ritual, invisible o ignorada, cuando, en realidad, nos encontramos ante una figura esencial en el equilibrio de la relación entre el derecho internacional de los DDHH y los Estados.

Capítulo IV: La cláusula de la mayor protección en la CDFUE

12. El carácter *sui generis* de la UE, destacando el principio de primacía del Derecho de la UE, ha propiciado la diferente personalidad de la cláusula de

mayor protección del art. 53 de la CDFUE, en comparación con el resto de cláusulas analizadas tal y como quedó demostrado en la STJUE que resolvió el caso Melloni. Al estar presidido el Derecho de la UE por el principio de primacía, el nivel de protección de los Estados no actuaría en el ámbito de competencias de la UE por lo que no nos encontraríamos con diferentes estándares sino ante un único a aplicar, el Derecho UE. En cambio, esta regla contaría con una excepción, la afectación de la identidad nacional de un Estado miembro. Esta excepción cuenta con una serie de dificultades al no disponer la identidad nacional de un contenido claro, por lo que consideramos que el TJUE debería incidir en este aspecto a través de un *landmark case*. Por otro lado, en el ámbito de competencias de la Unión la cláusula sí tendría una funcionalidad interna, impedir que el derecho derivado utilizase algún precepto de la CDFUE para limitar o lesionar su propio derecho. Además, otra finalidad de la cláusula es mostrar una cierta seguridad jurídica a los Estados miembros de que la CDFUE no va a desplazar la protección de los DDHH otorgada por los propios Estados en aquellos ámbitos que queden extramuros de las competencias de la UE.

Capítulo IV: La cláusula de la mayor protección en la CADH

13. La cláusula de la mayor protección contenida en el art. 29.b CADH se caracteriza por estar potenciada. A pesar de contar con una redacción muy parecida a su homólogo europeo, el activismo judicial de la Corte IDH ha favorecido esta personalidad proactiva de la cláusula y cuya causa radica en su enfrentamiento a posibles violaciones graves de los DDHH (las denominadas "*gross violations*"). También, la configuración de una CADH efectiva ha llevado a incorporar dentro de su canon interpretativo otras normas internacionales. Para lograr este fin la labor de interpretación del «o de acuerdo con otra Convención que sea parte uno de dichos Estados» (art. 29.b CADH) ha posibilitado que la Corte IDH haya elevado los estándares de protección de muchos derechos reconocidos en su articulado al nivel de aquél tratado más protector y respetando una condición, que un solo Estado parte lo haya ratificado. Este hecho hace que la vertiente interna internacional, en este caso, pase a ser una vertiente solamente internacional de la cláusula de mayor protección al no necesitar el anclaje interno. A diferencia del caso del CEDH, este carácter expansivo de la cláusula se la otorgado, sobre todo, la jurisprudencia del Corte IDH, del modo que hemos podido analizar. Por otro lado, otra especialidad de esta cláusula es su activación automática. No es necesario que un Estado parte lleve a cabo una interpretación de la CADH que, a su vez, limite un estándar nacional de protección más protector. En cambio, su activación se ampliará a todos aquellos casos en los que el derecho de un Estado parte o de un tratado internacional sea más protector.

Constitución e inmunidad

Patricia García Majado

Doctora por la Universidad de Oviedo

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Del poder inmune al ordenamiento soberano.
III. De las inmunidades del poder a las patologías del sistema.
IV. Breve recapitulación y (algunas) perspectivas.

NOTA BIOGRÁFICA:

Patricia García Majado (Oviedo, 1992) es graduada en Derecho con Premio Extraordinario (2014), Máster en protección jurídica de las personas y los grupos vulnerables (2015) y Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Oviedo, con Premio Extraordinario y mención especial en el Premio Nicolás Pérez Serrano (2021). Beneficiaria del Programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU) entre 2015 y 2019, ha realizado estancias de investigación en la Universidad Paris I Panthéon- Sorbonne (2017) y en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law de Heidelberg (2018). Desde septiembre de 2021 desempeña tareas docentes e investigadoras como profesora ayudante-doctora en el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

I. INTRODUCCIÓN

A mediados del año 2014, una joven a punto de graduarse en Derecho llamaba a puerta del despacho del Profesor Presno Linera preguntándole qué podía hacer uno, profesionalmente hablando, cuando le gustaba el Derecho Constitucional. Después de varias conversaciones e intercambios de correos, venciendo el vértigo que produce apostar por un camino tan apasionante como incierto, surgió la posibilidad de abrirse paso en el ámbito académico. Mi andadura comenzó, así pues, haciendo la tesis doctoral en el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo de la mano de quién había despertado mi vocación académica en aquellas clases de derechos fundamentales, impartidas en 3º de carrera, que tantos acalorados debates habían suscitado.

Dejando la elección de mi proyecto doctoral en manos del Profesor Presno Linera –pues entonces uno carecía de toda intuición y conocimiento para saber a qué resultaba formativamente conveniente dedicar el estudio profundo de los próximos años– las posibilidades parecían reducirse básicamente a dos grandes líneas de investigación: analizar las repercusiones del mundo digital en la libertad de expresión o estudiar cómo las inmunidades del poder habían vuelto a renacer en pleno S.XXI. La siguiente elección, menos meditada de lo que pudiera parecer y con grandes dosis de osadía, sí fue mía y consistió en optar por la segunda de

las opciones. Por un lado, porque la primera estaba bastante vinculada al TFG y una parte de mí quería empezar de cero una nueva etapa. Por otro, porque con el desconocimiento y el arrojo propios del momento, el segundo de los temas me parecía tan provocador como estimulante, considerando que esas eran suficientes buenas razones para lanzarme (luego comprendería que sin red) a lo desconocido. Durante cierto tiempo creí arrepentirme de mi atrevimiento. Hoy me siento, por todo lo que me ha permitido aprender, en deuda con él. Ese desafiante viaje, en el que me embarqué finalmente en septiembre de 2015, dura todavía.

El germen de la clásica «la lucha contra las inmunidades del poder»[1] del profesor García de Enterría que, en 1962, reivindicaba la plena fiscalización de la actividad administrativa, reduciendo aquellas esferas que, bien en forma de actos políticos, potestades discrecionales o reglamentarias, frustraban tan indispensable pretensión para la construcción del ansiado Estado (legal) de Derecho, se convertiría entonces, más de cincuenta años después, en el *leitmotiv* de mi proyecto de investigación predoctoral. Inicialmente se pretendía estudiar cómo en las coordenadas jurídico-políticas del S.XXI –tan distintas a aquéllas estudiadas por el célebre administrativista– esas inmunidades del poder habían vuelto a resurgir pues los poderes públicos seguían presentando una cierta tendencia a buscar subterfugios para orillar las exigencias que se desprendían del por todos asumido Estado Social y democrático de Derecho.

Planteada la investigación en los términos iniciales, la clásica obra de cabecera que pretendía abrirla condicionaba extraordinariamente sus primeros pasos. Al conducirla, básicamente, al estudio de las áreas exentas del control jurisdiccional, la abocaba inevitablemente al terreno más puramente administrativo y, en el ámbito constitucional, la orillaba hacia el clásico campo, ya de sobra conocido para la doctrina constitucional, de las tradicionales prerrogativas parlamentarias. Así, el riesgo de elaborar un nuevo trabajo sobre viejas ideas o el de reducir en exceso el estudio de lo que pretendía ser un proyecto académico formativo de corte constitucional, se hacía patente.

Y es que, si no hay ninguna idea que no merezca ser pensada de nuevo, como sostenía Elías Canetti, la tesis doctoral debía comenzar cuestionándose el punto de partida (inmunidades del poder), en vez de utilizarlo acríticamente para analizar cuestiones que quizás no encajasen bien en su propia lógica. Así, lo prioritario no era, o no tanto, detectar esas renacidas inmunidades sino estudiar el significado mismo de la expresión clásica que pretendía sustentar la investigación. Ésta debía cambiar la perspectiva para abordar de forma renovada el objeto de estudio y ello comenzaba, necesariamente, por dar un paso atrás y preguntarse por la procedencia última de las clásicas inmunidades del poder que la habían impulsado, es

1. García de Enterría, E.: «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de Gobierno, poderes normativos)», *Revista de la Administración Pública*, 1962, pp. 159 y ss.

decir, por analizar el contexto jurídico-político donde aquéllas habían surgido y desplegado auténticamente su significado.

Así las cosas, la tesis doctoral ha pretendido explicar cómo el discurso de las inmunidades del poder es propio de unas coordenadas jurídico-políticas en las que el sistema normativo no es autorreferente y positivo y, por tanto, inmune como sistema, propiamente soberano: el ordenamiento dictatorial. Aquéllas no dejan de ser los vestigios o las adherencias del soberano *legibus solutus* entonces existente. En la medida en que se alcanza el Estado constitucional, dicho discurso se torna caduco: ya no hay poder inmune jurídicamente posible allí donde la Constitución es Norma Suprema. Tampoco, entonces, inmunidades del poder. La investigación debía empezar justo donde la expresión clásica agotaba su significado ante el imperio, hoy indiscutible, de la soberanía constitucional, escribiendo precisamente esa continuación, tan necesaria como académicamente inexplorada. La necesidad –como dijera Hannah Arendt– de «pensar sin asideros»[2] devenía entonces insoslayable.

Así, en estas coordenadas jurídicas, las anomalías o cuerpos extraños que surjan en el seno del Estado constitucional ya no serán inmunidades del poder en la medida en que no provendrán de ningún poder político previo o ajeno al Derecho, sino del propio ordenamiento jurídico en sí mismo considerado. Serán, entonces, patologías del sistema. El reto, por tanto, del ordenamiento jurídico contemporáneo consiste en detectar aquellos elementos que, gestados ahora en su propio interior, en forma de mecanismos, herramientas, prácticas, etc., atacan su propia identidad y, al hacerlo, reducen sus niveles de inmunidad (autorreferencialidad y positividad), debilitándole como sistema en su conjunto.

A diferencia de lo que se pensaba en los inicios de la investigación, de lo que se trataba ya no era entonces de estudiar de qué manera pervivían en el sistema jurídico contemporáneo las viejas inmunidades del poder, extintas en el seno de un Estado constitucional. De lo que se trataba, por el contrario, era de analizar cómo el ordenamiento jurídico había conseguido su inmunidad (autorreferencialidad y positividad) y cómo luchaba por mantenerla, algo que pasaba, necesariamente, por detectar y combatir las patologías que, en su interior, de manera muchas veces imperceptible, se habían ido gestando. Ese es, en efecto, el objeto de estudio de la investigación doctoral llevada a cabo.

La tesis, sin embargo, no ha pretendido elaborar un inventario detallado de dichas patologías. Las dimensiones y la complejidad de los sistemas jurídicos modernos son tales que la sola intención de llevarla a cabo, además, sería tarea abocada al fracaso. Siempre existiría un sector del ordenamiento al que no se habría atendido; incluso la propia coherencia de la investigación se pondría en tela de juicio

2. Arendt, H.: *Pensar sin asideros. Ensayos de comprensión 1953-1975*, vol. I y vol. II, trad. R. Ramos Fontecoba, Página indómita, Madrid, 2019.

ante la incapacidad de explicar por qué se analizan unas patologías y no otras. Dicho enfoque excesivamente adherido a lo concreto se compatibiliza peor, asimismo, con la lógica interna de este estudio que pretende ser una construcción general y teórica que no desciende, en sus capítulos, a un análisis pormenorizado de cualesquiera casos particulares.

La tesis doctoral no analiza, en puridad, las patologías del sistema, sino que trata de construir la herramienta que permite hacerlo. Crea un método. Y éste, en cuanto tal, es necesariamente abstracto y conceptual, pues surge de la inferencia de distintos casos concretos que presentan las similitudes necesarias para ser tratados de forma homogénea en el máximo nivel de abstracción. Los ejemplos que se ofrecen de distintas patologías no dejan de ser tales, esto es, muestras que tratan de testar la fiabilidad de la herramienta que aquí se ofrece, pero nunca de agotar dicha muestra.

Así las cosas, la pretensión del estudio no es otra sino crear un modelo teórico; revestir, en suma, una vocación teórica de universalidad. Precisamente por ello, su desarrollo, incluso su mismo enfoque, está plenamente condicionado por la metodología que se ha seguido. La tesis doctoral echa sus raíces en el positivismo normativista de corte kelseniano y en la teoría funcionalista de los sistemas especialmente desarrollada por Niklas Luhmann. Subrayar cuáles han sido los presupuestos dogmáticos de la investigación es preciso para, no solo comprender los lugares por los que la misma discurre, sino a los cuáles finalmente llega y al propio sujeto que los transita. Si éste hubiera sido otro, no solo, casi con total seguridad, no se hubiera llegado a los mismos lugares, sino que muy posiblemente el estudio hubiera pasado por otros caminos muy distintos de los que en la investigación se recorren.

El trabajo realizado, no obstante, no contiene u ofrece finalmente verdades cerradas sino constataciones provisionales de un proyecto de investigación que, por su propia definición, es una tarea inacabada y en constante evolución. Confiando en que la producción de complejidad no es solo un medio sino un fin en sí misma, lejos de despejar las dudas o los interrogantes que este tema pudiera plantear, la tesis doctoral solo ha pretendido contribuir a hacerlos más complejos. Asumir y contribuir a fomentar esa ductilidad ha sido, sin duda, una parte relevante de la andadura doctoral y, en general, de la propia vida académica, aún muy incipiente. Las siguientes páginas solo pretenden dar cuenta, modestamente y de forma muy sintética, de las reflexiones más relevantes que han tratado de ofrecer una visión alternativa de la inmunidad y del desafío que para los sistemas democráticos modernos supone la conservación de su propia identidad.

II. DEL PODER INMUNE AL ORDENAMIENTO SOBERANO.

La primera parte de la tesis doctoral, como previamente se avanzaba, ha tratado de situar la inmunidad el contexto jurídico-político donde surgió y donde

despliega verdaderamente su significado. En el Estado dictatorial –en el que García de Enterría escribió su conocido trabajo– las inmunidades del poder no eran cuerpos extraños sino elementos consustanciales a aquél. Organizado de acuerdo con el principio monárquico, el sistema dictatorial atribuía a un sujeto el poder absoluto para gobernar al margen del Derecho, disponiendo asimismo a su antojo de éste. El poder político existía y se desarrollaba fuera del Derecho, era originario y prejurídico y por eso, desde la perspectiva autoritaria, era propiamente poder (de un sujeto), o sea, soberano *legibus solutus*. Esos reductos administrativos exentos de fiscalización jurisdiccional eran reflejo, en último término, de ese poder que se resistía a ser jurídicamente sometido, esto es, reflejos de la inmunidad general que aquél poseía en cuanto fundamento último del sistema.

Esta ajenidad que, desde el punto de vista jurídico, revestía el poder político en el seno de este tipo de órdenes se explicaba desde su naturaleza profundamente heterorreferencial. Su fundamento último de validez no se encontraba dentro de sus propias fronteras normativas sino fuera de las mismas, en el dictador o en el soberano *legibus solutus*. En consonancia con esta lógica, las inmunidades del poder no eran sino la forma de aludir, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, a las diversas manifestaciones de ese poder político prejurídico y metapositivo que, en cuanto procedentes de éste, también se revelaban y desarrollaban al margen del Derecho mismo. Un sistema heterorreferencial genera, si se permite la expresión, «heterorreferencialidades» o, lo que es lo mismo, si existe un poder verdaderamente inmune, lo que sea expresión del mismo serán, en coherencia, inmunidades del poder.

La expresión tradicional, sin embargo, ha pasado al acerbo jurídico común por su significación material más inmediata (la exención de control jurisdiccional) y como tal, descontextualizada cuando lo más sugerente que permite poner de relieve es una determinada lógica de funcionamiento sistémico que, como tal, solo adquiere auténtico sentido en sus correspondientes coordenadas jurídicas que son, justamente, las que la tesis pretende subrayar.

Si bien a corto plazo la lucha contra las inmunidades del poder era la lucha por el Estado legal de Derecho, por someter al ordenamiento las áreas exentas de fiscalización contencioso-administrativa, no se cuestionaba, en último término, ese poder inmune. Sin embargo, mientras éste perviviese, mientras se conservarse la heterorreferencialidad sobre la que pivotaba el sistema, esas inmunidades del poder serían susceptibles de emerger en cualquier momento pues no eran sino su propio producto.

Así, a largo plazo e indirectamente, la lucha contra las inmunidades del poder (o, más bien, contra el poder inmune) debía ser, en efecto, la lucha por el Estado constitucional, es decir, por un sistema que, a diferencia del anterior, fuese autorreferente y positivo, no debiéndose así a elementos externos que lo condicionaran desde el exterior (poderes inmunes) sino solo a sí mismo, a su propia normatividad. Se trataba de insertar el poder político y su ejercicio dentro de

las coordenadas del sistema jurídico, es decir, incardinar, no solo su límite, sino también su fundamento dentro del propio ordenamiento. Había que transitar, en suma, de un sistema jurídico heterorreferencial, que colocaba fuera de sí mismo su fundamento de validez (en el poder político), a uno autorreferencial, que sitúa dentro de sus fronteras normativas y no en instancias externas dicho fundamento.

Y es que cuando la Constitución es Norma Suprema, ya no es posible hablar de poderes inmunes. No solo porque éstos están sometidos al ordenamiento sino porque son, en primer lugar, creados por él. Son poderes públicos o privados juridificados. Del poder inmune se pasa, entonces, al ordenamiento jurídico soberano. Siendo esto así, la inmunidad ya no le corresponde a lo que se sitúa fuera del ordenamiento y lo doblega sino, en todo caso, al sistema jurídico mismo que debe ser inmune en el sentido de «protegido» frente a injerencias externas (autorreferente) y, al mismo tiempo, «adaptado» al medio social para lograr sobrevivir (positivo). Lo inmune ya no es el poder político, previo y ajeno al Derecho, sino éste mismo como sistema, como orden genuinamente soberano. Concebida en estos términos, la inmunidad dejaría entonces de ser ese viejo y tradicional enemigo del Derecho para convertirse, justamente, en su mejor aliado hasta devenir, lo inmune, en lo que el Derecho como sistema, al igual que el organismo biológico, aspira a ser.

Esta es, en efecto, la primera tesis que el trabajo pone de manifiesto y que tradicionalmente parece haberse obviado: que detrás de las inmunidades del poder hay, en primer lugar, un poder inmune (un soberano *legibus solutus*) que es el presupuesto básico para la existencia de las mismas; y que lo problemático no es entonces la inmunidad, sino que la porte un poder ajeno y superior al Derecho (es decir, que se asocie a la heterorreferencialidad), pues aquélla, cuando se pone del lado del propio sistema, reconduciéndose a esas dos cualidades inmunitarias que precisa para ser soberano (autorreferencialidad y positividad) es esencial para su propia subsistencia. Y es aquí donde creo que el símil biológico al que la tesis doctoral recurre permite visualizar o comprender mejor esas necesidades de protección y adaptación que el ordenamiento, como el organismo biológico, precisa para sobrevivir como tal, así como las amenazas a las que el mismo se enfrenta.

Observar de esta manera el problema ofrece a la investigación una perspectiva renovada pues de lo que se trataría entonces es de ver cómo el sistema jurídico fue progresivamente luchando para reunir y maximizar esas cualidades y cómo sigue haciéndolo por mantenerlas. Eso es justamente lo que se estudia con más detenimiento en el Capítulo primero de la tesis doctoral, en el que se aborda ese tránsito desde los poderes inmunes hasta el ordenamiento jurídico soberano y se analizan las cuestiones fundamentales directamente relacionadas con el mantenimiento de las antedichas cualidades: la posición de la Constitución, el papel de la reforma constitucional, el Tribunal Constitucional y la integración europea.

Ya en el segundo capítulo, trata de estudiarse dicha cuestión en relación con el sistema democrático, contraponiendo los modelos de democracia procedimental y militante, tratando de ver cuál es y cómo se comporta el sistema inmunitario de cada uno de ellos. La democracia procedimental, por su parte, atribuyendo la soberanía a la colectividad, evita que alguien pueda erigirse en soberano. El sistema jurídico conserva de esta manera su autorreferencialidad asignando la soberanía, mediante una ficción, a quien no puede ejercerla puesto que quien efectivamente lo haga ya no será soberano sino, necesariamente, poder constituido. Así, la soberanía popular tan solo pretende reconducir a los sujetos destinatarios de las normas jurídicas el origen de éstas, en definitiva, a hacer posible y efectivo el autogobierno, dotando así de mayor legitimidad al sistema en su conjunto algo que, en definitiva, redunda en su mayor eficacia. La idea que late tras aquélla es, entonces, esencialmente autorreferencial y, por ello, viene a reforzar la inmunidad del ordenamiento en su conjunto.

En lo que tiene que ver con la positividad, la democracia procedimental, al admitir que todo contenido de las normas jurídicas es mudable si se sigue el procedimiento establecido, esto es, al asegurar que todas las opciones políticas puedan ser igualmente perseguidas dentro del ámbito jurídico, presenta un alto grado de adaptabilidad a su entorno. Las defensas, por tanto, de la democracia procedimental no descansan en ciertas opciones materiales concretas sino en sus propios procedimientos de actuación, abiertos, libres y plurales. De ahí que su subsistencia, su propia eficacia, no dependa de luchar contra los enemigos (no democráticos) del sistema –pues no existen, al ser válidas todas las opciones– sino de ser capaz de gestionar permanentemente la perturbación, de crear continuamente instrumentos que le permitan estar en movimiento y ser dinámico en aras a reaccionar frente a las irritaciones, demandas o reivindicaciones que surjan en el entorno social.

Este esquema varía, sin embargo, en el caso de la democracia militante. Y ello porque, en el seno de tal ordenamiento, el parámetro último de validez no son las normas sino, en último término, unos valores metapositivos –el orden democrático-liberal– que conforman su verdadero núcleo de identidad y disciplinan el funcionamiento del sistema. Cuando tales valores no resultan comprometidos, la autorreferencialidad sistémica se mantiene pues lo relevante sigue siendo la observancia de las normas. Sin embargo, cuando sucede lo contrario, el sistema jurídico se repliega. Entonces, la validez de una determinada norma o actuación no depende de su correspondencia con las operaciones jurídicas del ordenamiento, sino de su adecuación a esos valores metajurídicos que condensan la esencia misma de aquél. De ahí que las conductas que contradigan a ese orden democrático-liberal devengan antijurídicas aun cuando hayan cumplido con las normas para llevarse a cabo porque, en definitiva, no se ajustan a ese parámetro de validez situado por encima de las mismas.

Así, no resulta descabellado sostener que en una democracia militante existe un poder inmune, conformado por ese conglomerado de valores democráticos

superiores a la propia Norma Fundamental, superior e inaprensible para el Derecho positivo. Si al inicio de este trabajo trataba de defenderse que el poder inmune existe allí donde existe un sistema jurídico que tiende a ser heterorreferencial, la democracia militante viene entonces a demostrar dicha hipótesis.

En cuanto a la positividad, al impedir que determinadas opciones puedan perseguirse lícitamente dentro del ordenamiento jurídico por ser contrarias al orden constitucional subyacente, la democracia militante levanta unas barreras defensivas a nivel cognitivo de las que la democracia procedimental carece. De esta manera, el proceso comunicativo de la democracia militante es más estrecho que el de la procedimental, dado que no solo se pliega en el *output* sino primeramente en el *input*: las expectativas contrarias al orden de valores subyacente al texto constitucional no son decidibles pero tampoco discutibles. De ahí que, en esos «hard cases», la Constitución democrática militante no sea tanto garantía de posibilidades como garantía de lo debido. Es, en sus extremos, la Constitución de lo políticamente lícito. No solo hay Constitución, de hecho, sino «voluntad constitucional»[3].

Aun pareciendo más defensiva o protectora, lo cierto es que la democracia militante es más débil como sistema. Desde el momento en que cierra la puerta a que determinadas opciones puedan reivindicarse lícitamente en el seno de lo jurídico, aquélla asume el riesgo de que las mismas traten de imponerse obviándolo. La militancia fomenta huidas del Derecho, el surgimiento de fuerzas y manifestaciones políticas y sociales que nacen y se desarrollan al margen de aquél. Al verter su fuerza en la defensa de una determinada secuencia de valores (orden constitucional), la democracia militante flaquea en la tarea de defenderse a sí misma como sistema autorreferente y positivo (ordenamiento jurídico). De alguna manera considera que la estabilidad del ordenamiento depende, en último término, de la estabilidad de los propios elementos –el orden democrático-liberal– y no de su funcionamiento recursivo y dinámico, abierto y plural, también en esos casos más extremos en los que aquél está en juego.

Para combatir o reprimir todas aquellas manifestaciones que ponen en tela de juicio la vigencia del orden constitucional, la democracia militante se sirve, en último término, de los mecanismos de defensa de la Constitución. Éstos ––que la tesis analiza con cierto detenimiento– son fundamentalmente cuatro: la prohibición del ejercicio antisistema de los derechos fundamentales, el derecho penal del enemigo, las cláusulas de intangibilidad y el derecho de resistencia. En ausencia de los mismos –se entiende– sería posible que, a través del procedimiento jurídicamente válido, se terminase por quebrantar dicho orden material. Si el orden democrático-liberal es precisamente, en la democracia militante, ese poder

3. DENNINGER, E.: «Democracia militante y defensa de la Constitución», en BENGA, E.; MAIHOFER, W.; VOGEL, J.; HESSE, K.; HEYDE, W.: *Manual de Derecho Constitucional*, trad. A. López Pina, Marcial Pons, IVAP, Madrid, 1996, p.454.

inmune, los instrumentos de defensa de ésta serán, en puridad, inmunidades del poder en cuanto manifestaciones reflejas de aquél. Son herramientas que no tratan de velar por la autorreferencialidad y positividad del sistema, sino por la preservación del orden de valores subyacente al texto constitucional (heterorreferencialidades). Son, en suma, instrumentos puestos al servicio de la preservación del orden constitucional y no del ordenamiento jurídico en cuanto tal.

III. DE LAS INMUNIDADES DEL PODER A LAS PATOLOGÍAS DEL SISTEMA

Si el imperio de la soberanía constitucional ha desbancado a los poderes inmunes y, por ende, a sus correlativas inmunidades del poder, la lucha tradicional parece quedar inevitablemente sin objeto dentro de estas coordenadas autorreferenciales. Sin embargo, lo que sucede es que el sistema jurídico contemporáneo ya no lucha, efectivamente, contra manifestaciones reflejas de poderes ajenos al Derecho, hoy inexistentes, sino contra los cuerpos extraños gestados en su positividad. Siendo el discurso «pre-soberano» el de las inmunidades del poder, el «soberano» es el de las patologías del sistema. Si las primeras eran, coherentemente, producto de poderes inmunes, ajenos y previos al ordenamiento jurídico y, por ende, manifestaciones heterorreferenciales, las segundas surgen, por el contrario, en la propia positividad de tal orden.

Mientras que la lógica de las inmunidades es basalmente heterorreferencial, pues el Derecho observa desde «afuera» cómo el ajeno poder político puede anular sus previsiones, la lógica de las patologías es, en esencia, autorreferencial. Por eso encaja fielmente con la del Estado constitucional. El sistema ya no observa nada fuera de sí mismo sino solo su propio interior. Y en esa entropía del sistema jurídico ya no hay inmunidades de ningún poder que le resulte ajeno a aquél sino solo patologías que, en la medida en que emergen y se enquistan en el mismo, dañan su identidad. Si las defensas del ordenamiento (su particular sistema inmunológico) no actúan o son ineficaces, el cuerpo extraño se enquista en el mismo y anida en él como una patología, como una enfermedad que, si es sistémica, mina y debilita la identidad del ordenamiento jurídico. Esta es, en efecto, la segunda tesis que el trabajo ha tratado de sostener.

Así, independientemente de a quién o a qué beneficie la patología, lo relevante es que es precisamente tal. Esos poderes públicos o privados que pueden resultar favorecidos por las mismas no son algo disociado del Derecho, sino que se insertan dentro de él, de forma que deben ser tratados como elementos del propio sistema. Por tanto, resulta más coherente con la autorreferencialidad del ordenamiento analizar el funcionamiento de éste desde su propio interior como un todo conjunto y, en consecuencia, estudiar cómo desde la propia normatividad (*ad intra*) puede ir dañándose progresivamente su identidad al gestarse en su interior cuerpos extraños que, cuando no logran identificarse y expulsarse,

perviven en el mismo como nocivas patologías. No puede decirse entonces que la reacción contra éstas sea una lucha contra las inmunidades del poder sino, al contrario, por mantener el poder de supremacía de la Constitución y, en ese sentido, por conservar la inmunidad (autorreferencialidad y positividad) del ordenamiento en su conjunto.

Desde el punto de vista estrictamente material, las contemporáneas patologías, a diferencia de las antiguas y clásicas inmunidades del poder, no tienen que ver única y exclusivamente con los reductos exentos de la fiscalización jurisdiccional, sino con todas aquellas manifestaciones o elementos que resulten incompatibles con la identidad del ordenamiento en su conjunto. Y ésta, no solo tiene que ver con el Estado de Derecho, sino con los *elementos esenciales* del resto de principios estructurales del ordenamiento, al ser las normas constitucionales que más intensa y extensamente condicionan la validez de otras normas dado que vertebran el proceso de creación normativa en los niveles superiores del ordenamiento. Aquéllos configuran la identidad sistémica, es decir, el ADN del sistema normativo.

Así las cosas, desde la perspectiva de un ordenamiento autorreferente y positivo, no es solamente que los reductos no sujetos a control judicial sean patologías y no inmunidades del poder, sino que, además, constituyen tan solo una especie dentro de un género mucho más amplio que, en su totalidad, abarca todos los cuerpos que resulten extraños o anómalos para la identidad, sumamente compleja, del sistema en su conjunto. Esto es justamente lo que permite explicar que, como categoría formal, las patologías sean potencialmente universalizables –todos los sistemas pueden albergar patologías– y, sin embargo, en términos materiales, devengan profundamente contextuales o relacionales. Lo que las identifica es su función, esto es, lo que aquéllas hacen (o más bien deshacen) –atacar la identidad del sistema– y no tanto lo que son en términos sustantivos. Esto último es, en definitiva, producto de lo anterior y puede adoptar –y en efecto así lo hace– muchas y diversas formas. Por eso el prisma funcional y no el estrictamente material es el adecuado para enfocar la cuestión que ahora nos ocupa. La forma concreta que adopta la patología solo es susceptible de ser correctamente identificada dentro de unas coordenadas jurídico-constitucionales concretas, no al margen de las mismas. Las patologías son, necesariamente, patologías con respecto a un determinado ordenamiento.

Siendo esto así, la tesis doctoral debía establecer alguna clasificación o sistematización pues la naturaleza y formas a través de las cuales distintos elementos minan la identidad del sistema son muy heterogéneas, sin que sea posible reconducirlas a un único modelo. Lo que distingue a las mismas no es el «qué» –minar la identidad sistémica– sino más bien el «cómo». Ese «cómo» alude básicamente a la forma que tienen de revelarse y atacar las patologías, algo que está directamente relacionado con el origen de las mismas. Así, la categorización que resultó ser más útil o sencilla era la que distinguía entre las patologías de origen exógeno y las de procedencia endógena (también llamadas autoinmunidades). Al estudio

de las mismas se han dedicado, respectivamente, los capítulos tercero y cuarto de la tesis doctoral.

Las patologías exógenas son tales porque constituyen elementos que se introducen en el ordenamiento jurídico, a nivel infraconstitucional, que resultan contrarios –al menos *a priori*– a su identidad, tal y como ésta aparece normativamente configurada en el ordenamiento en cuestión. Su naturaleza exógena alude precisamente al hecho de que son una suerte de «importaciones» que el ordenamiento lleva a cabo que, en cuanto tales –al menos en un primer momento– contradicen alguno de los elementos nucleares de identidad. No forman parte de la fisiología originaria o característica del ordenamiento sino a la inversa. Ahora bien, el carácter exógeno de las mismas señala la ajenidad que las mismas presentan, no respecto a la normatividad del sistema –dado que se insertan en la misma, no residen en el exterior– sino a la identidad concreta de aquél. Son patologías exógenas porque son ajenas a ésta y, en este sentido, se oponen a alguno de los elementos nucleares en los que ésta se materializa.

Pues bien, tales elementos, al resultar contrarios a la identidad del ordenamiento (en tanto que atacan o se contraponen a algún elemento esencial de los principios estructurales), éste debe ponerlos «bajo sospecha». Tal cosa la hace anudándoles una presunción de nocividad: *prima facie* son elementos patológicos. Sin embargo, dicha presunción es *iuris tantum*. Si aquéllos demuestran que resultan funcionales, es decir, que de alguna manera se colocan al servicio de la eficacia de algún principio estructural del ordenamiento, pueden destruirla. Se demuestra así que el elemento en cuestión es patológico *prima facie* y que, por tanto, resulta beneficioso para el funcionamiento ordenamiento, alineándose así con lo más refinado de su propia identidad. Precisamente por ello, tales elementos logran insertarse no solo de forma pacífica sino armónica en el seno del ordenamiento, viviendo en simbiosis con éste y coadyuvando al reforzamiento de su propia inmunidad (autorreferencialidad y positividad).

Un ejemplo de ello pueden ser los beneficios fiscales. En cuanto elementos que *prima facie* se oponen tanto al principio de igualdad (art.14 CE) como al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art.31 CE), deben ponerse necesariamente bajo sospecha. Sin embargo, los mismos, como ha dicho el Tribunal Constitucional, son tolerables siempre que persigan fines de interés general. En esos casos, esa inicial presunción de nocividad se vence pues ahí dichos elementos consiguen al servicio del ordenamiento, retroalimentándolo; como sucede, por ejemplo, con la exención de tributación del mínimo vital que se coloca, en último término, al servicio del Estado Social.

Sin embargo, estos elementos *prima facie* contrarios a la identidad del sistema pueden, o bien no desempeñar función beneficiosa alguna al servicio de la identidad del sistema, o bien haber perdido ésta, por el propio dinamismo del ordenamiento y del medio social en el que se inserta. Cuando ello sucede y, aún así las patologías *prima facie* siguen habitando en el mismo –al no ser reconocidas como

tales por el propio sistema– se enquistan en éste como peligrosas patologías *stricto sensu* que son, en cuanto tales, irreconciliables con la identidad de aquél. A diferencia de las anteriores, poseen una nocividad que no es susceptible de ser desactivada o minorada. Son de plano incompatibles con la identidad del sistema en el que anidan porque no existe función beneficiosa que puedan desempeñar al servicio de la misma. Eso sucede, por seguir con el ejemplo anterior, cuando un beneficio fiscal, en vez de perseguir esos fines de interés general (patología *prima facie*) se convierte, sencillamente, en un privilegio discriminatorio y, como tal, intolerable en el seno de un Estado democrático de Derecho (patología *stricto sensu*), como sucedió, por ejemplo, con la amnistía fiscal.

La clave, por tanto, para desactivar la nocividad de las patologías *prima facie* no es otra que la funcionalidad, es decir, la acreditación del desempeño de una función beneficiosa para el sistema en su conjunto que no es otra sino aquella que, de alguna forma, retroalimenta a sus propios principios estructurales. No obstante, esa funcionalidad tiene, también, determinados límites positivos. Y es que resulta ilustrador comprobar cómo el sistema, en ocasiones, establece prohibiciones constitucionales o convencionales que operan, en este sentido, como presunciones *iuris et de iure* de nocividad. Al prohibir taxativamente la existencia de ciertos elementos, el ordenamiento excluye la posibilidad de que se ofrezcan pruebas en contrario que pudieran llegar, en algún momento, a justificar su existencia. Los considera, de todo punto, radicalmente contrarios a su identidad (patologías *stricto sensu*). No son susceptibles de desempeñar función beneficiosa alguna al servicio del ordenamiento y, en ese sentido, si se permite la expresión, son elementos «infuncionalizables». El ejemplo paradigmático a estos efectos tal vez sea la tortura, que está prohibida en cualquier circunstancia (art.15CE).

Cuando a pesar de ello tales elementos logran acceder al sistema, lógicamente porque éste no detecta su nocividad sino al contrario, se convierten en patologías *stricto sensu* que dañan altamente su identidad. Y tal cosa lo hacen, fundamentalmente, de dos maneras. O bien tratando de situarse fuera del ámbito de la prohibición constitucional, es decir, de la presunción de nocividad *iuris et de iure*, lo que hacen generalmente camuflándose a través de un interesado fraude de etiquetas -no es cadena perpetua sino prisión permanente revisable, por ejemplo- o bien porque consiguen hacerle creer al ordenamiento que, a pesar de que éste haya previsto su exclusión taxativa (prohibición) y entienda que se insertan dentro de la misma, pueden resultar en determinados casos «excepcionalmente justificables» -véase la tortura de rescate-.

No obstante, como se advertía previamente, las patologías no proceden únicamente de esos elementos exógenos sino de otros que son endógenos. Si lo que singularizaba a las anteriores era el hecho de que constituían elementos que resultaban contrarios a algún elemento esencial de alguno de los principios estructurales del sistema, lo definitorio de éstas es justamente lo contrario: que surgen a raíz de aquéllos. Son elementos genuinamente «propios», es decir, consustanciales a la forma en la que el sistema ha diseñado su identidad y, por tanto,

puestos al servicio de las cualidades inmunitarias de la autorreferencialidad y positividad, los que en esta ocasión se tornan nocivos.

Si las patologías de carácter exógeno se asimilaban a «importaciones» erróneas llevadas a cabo por el sistema, las de origen endógeno responden más bien a «distorsiones» de elementos o mecanismos consustanciales a su identidad. Las patologías proceden ahora de elementos característicos de la fisiología originaria y natural del ordenamiento. Siendo esto así, lo normal es que las patologías endógenas puedan gestarse también a partir de elementos contemplados en la propia Constitución. Sin embargo, eso no significa que elementos de rango constitucional sean en sí mismos patologías sino, tan solo, que éstas pueden gestarse a partir de aquéllos, a través de diferentes fuentes (legislativas, jurisprudenciales, de aplicación práctica, etc.).

A este tipo de patologías que surgen cuando los elementos del propio sistema, puestos al servicio de su propia identidad, acaban atacándole se les denomina singularmente «autoinmunidades». No porque no sean propiamente patologías –pues es evidente que lo son al constituir anomalías en el funcionamiento sistémico– sino porque constituyen un tipo muy concreto de ellas. En definitiva, su existencia pone de manifiesto un comportamiento del ordenamiento jurídico que es perfectamente asimilable al del organismo biológico: cómo en determinadas ocasiones su propio sistema de defensa, de forma errónea y obviamente perjudicial para el mismo, se vuelve contra sí mismo.

Lo propio, entonces, también puede terminar por resultar nocivo y aquí la cuestión aumenta exponencialmente su complejidad. Y es que, al tratarse de elementos consustanciales a su identidad, el punto de partida de las patologías endógenas ya no es la presunción de nocividad, sino la contraria, de benignidad: el ordenamiento asume que se trata de elementos beneficiosos y, por tanto, no suele estar alerta frente a los mismos, no los sitúa bajo sospecha. Sin embargo, esa presunción es también *iuris tantum*. El carácter benigno de este tipo de elementos es tal mientras no se demuestre lo contrario, esto es, mientras no exista prueba en contra que acredite que aquéllos originariamente puestos al servicio del ordenamiento en el que surgen y habitan, han terminado por volverse en su contra. Y tal cosa la hacen cuando se vuelven disfuncionales.

La disfuncionalidad es, nuevamente, lo que puede convertir a un elemento propio y necesario del sistema, consustancial a su propia identidad, en una patología. Esa disfuncionalidad, en suma, no consiste en otra cosa sino en la falta de desempeño o de correcto desempeño, por parte de los elementos endógenos, de la función que tienen sistémicamente asignada que es, en cuanto tal, una función ejecutiva de la identidad del sistema, pues es expresión genuina de sus principios estructurales. Por eso coadyuva al mantenimiento de la inmunidad del mismo (autorreferencialidad y positividad). En la medida en que un elemento consustancial a la identidad del ordenamiento no puede desempeñar o desempeña mal la función que le caracteriza, que es la que sirve a la eficacia de sus principios

estructurales y, con ello, a la del sistema en su conjunto, aquélla no es tal sino, más bien, una disfunción que resulta lesiva para el ordenamiento en el que se aloja.

Debe tenerse presente, no obstante, que esa disfuncionalidad que pueden sufrir los elementos consustanciales a la identidad del sistema no acontece de forma fortuita, sino que es provocada, es decir, que son los propios recursos del ordenamiento los que la gestan y apuntalan. En este sentido, los elementos endógenos no se tornan disfuncionales, sino que, si se permite la expresión, «son disfuncionalizados». Lo que sucede, no obstante, es que esa disfuncionalidad no se produce siempre de la misma manera. Mientras que en unos casos es activa, en otros es pasiva.

La primera tiene lugar cuando los elementos endógenos pasan a desempeñar una función distinta de la que les corresponde y, en ese sentido, no reconducible a su propia identidad (a sus principios estructurales) sino ajena a la misma. Al hacerlo, digamos que tales elementos ya no se ponen al servicio de la identidad del ordenamiento, sino que se vuelven peligrosamente en su contra. Ya no retroalimentan a los principios estructurales y, por tanto, a su identidad, sino que operan de espaldas a los mismos, funcionando como una suerte de fuerza centrífuga orientada a «salir» del ordenamiento donde están llamados a permanecer. Y ello, bien porque tales elementos se expandan o amplíen (disfuncionalidad por *vis expansiva*) o bien porque transmuten su cometido originario (disfuncionalidad por distorsión), pasando a desempeñar otro.

El caso paradigmático del primer tipo de disfuncionalidad es el que sufren las prerrogativas cuando se expanden y, por tanto, cuando se convierten en privilegios (patologías). El ejemplo quizás más reciente de esa *vis expansiva* es la que está sufriendo la inviolabilidad del Rey al entenderse que no solo le blinda frente a la fiscalización jurisdiccional sino también frente a la crítica desencadenada en sede parlamentaria a raíz de la activación de diversos mecanismos de control parlamentario; o que se extienda, incluso, a quién ya ha abandonado su cargo como Monarca. Por su parte, el ejemplo más claro del segundo tipo de disfuncionalidad (por distorsión), es el que sufren las mayorías cualificadas cuando, en vez de funcionar como elementos de consenso que eliminen el sesgo partidista, se convierten en elementos de reparto proporcional; algo que es especialmente peligroso cuando a través de las mismas se nombran cargos institucionales que tienen incidencia, entre otras cosas, en la jurisdicción.

Sin embargo, la disfuncionalidad también tiene lugar en la medida en que los elementos endógenos sean incapaces de evolucionar para adaptarse al dinamismo que reviste la identidad del sistema y seguir desempeñando así una función valiosa a su servicio, manteniéndose estáticos cuando lo que deben hacer es justamente regenerarse para conservar o desplegar su funcionalidad. Esta es la disfuncionalidad pasiva. Así sucede, por ejemplo, cuando el control parlamentario se sigue articulando en clave Parlamento-Gobierno y no en clave minoría-mayoría, lo que permitiría que aquél conservase su eficacia en el seno de un sistema

de partidos; o, también, cuando se mantienen concepciones, regulaciones o interpretaciones de derechos poco acordes con el dinamismo y la complejidad del sistema jurídico moderno. Mientras que la disfuncionalidad activa afectaba, fundamentalmente, a la autorreferencialidad del sistema la disfuncionalidad pasiva afecta, prioritariamente, a la positividad de aquél por cuanto impide o dificulta su acomodo al cambio y, con ello, al entorno social en el que se inserta.

Por último, la tesis doctoral se cierra poniendo de manifiesto de forma expresa una idea nuclear de la investigación: que las patologías sirven para poner a prueba la capacidad de reacción del ordenamiento y reforzarla, contribuyendo así a que despliegue una mayor eficacia. El antígeno genera el anticuerpo. La existencia de patologías en el sistema jurídico obliga a éste, en un primer momento, a detectarlas y, posteriormente, a luchar contra aquéllas, en aras a mantener su identidad y, con ello, su propia autorreferencialidad y positividad de conjunto. El ordenamiento debe reactivar sus defensas para combatir lo que le amenaza y así poder subsistir. Por eso, lo nocivo no es tanto que surjan patologías, sino que el sistema no sepa reaccionar contra las mismas o que ni siquiera sea capaz de identificarlas como tales, lo que conduce a que las anteriores, no solo sigan anidando en el ordenamiento sino, en muchos casos, a que expandan o desarrollen la nocividad que portan.

El sistema, por tanto, no se protege en puridad, o no solo, frente a las patologías sino, prioritariamente, a través de ellas, pues necesita reconocerlas y examinarlas para identificarlas como tales y, posteriormente, combatirlas. Aquél no lucha contra lo que no detecta como una amenaza. Ese progresivo reconocimiento de patologías refuerza la respuesta inmunitaria del sistema por cuanto va ampliando su memoria celular, en la que van quedando registradas experiencias previas de elementos considerados nocivos, lo que refina y agudiza la futura detección de otros y, consiguientemente, su eliminación. El sistema aprende a identificar y combatir patologías, tanto exógenas como endógenas, también a base de experimentarlas.

En el desarrollo de esta tarea adquiere un papel nuclear la jurisdicción. Singularmente el Tribunal Constitucional, en los modelos concentrados de justicia constitucional que es, en este sentido, pieza clave del sistema inmunitario al ser el máximo intérprete de la Norma Suprema; y, en los difusos, los distintos órganos jurisdiccionales del Estado. La tesis doctoral analiza, a este respecto, la función profiláctica que el Tribunal Constitucional desempeñan identificando y combatiendo patologías, convirtiéndose así en una pieza indispensable del sistema inmunitario del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en ocasiones su labor no contribuye a depurar el sistema, eliminando las patologías, exógenas u endógenas, surgidas en el mismo, sino al revés. Este es, quizá, uno de los ejemplos más claros de la inercia autoinmunitaria del sistema: que el órgano constitucional llamado, en última instancia, a defenderlo termine por convertirse en su mayor amenaza. Tal cosa sucede cuando el propio Tribunal crea él mismo (*ex novo*) patologías a través de su propia jurisprudencia, cuando integra una patología ya existente en

el sistema y, al hacerlo, la apuntala (no porque aquél la identifique como tal y la acepte, sino porque no la reconoce como un elemento nocivo), o cuando, sencillamente, abdica en su labor fiscalizadora tardando excesivos periodos de tiempo en resolver los asuntos que han llegado a dicha sede.

IV. BREVE RECAPITULACIÓN Y (ALGUNAS) PERSPECTIVAS

La tesis doctoral cuyas principales líneas maestras han tratado de sintetizarse en estas páginas ha tratado básicamente de demostrar dos cosas. La primera es que las inmunidades del poder solo existen allí donde lo hace, previamente, un poder inmune y que, precisamente por ello, son la manifestación más excelsa de la heterorreferencialidad del sistema jurídico. De ahí que la lucha del constitucionalismo haya consistido en transitar desde el ámbito de los poderes inmunes al ordenamiento jurídico propiamente soberano. La segunda es que, en el seno de un ordenamiento altamente autorreferente y positivo, ya no pueden existir coherentemente inmunidades del poder sino, en puridad, patologías del sistema, es decir, elementos o mecanismos que gestados al calor de la propia positividad van paulatinamente minando su identidad y, por ende, debilitando la eficacia de sus principios estructurales.

Reparar en que ello es así es fundamental para darse cuenta de que la existencia de un ordenamiento soberano, dotado de una identidad, no es algo susceptible de alcanzarse de una vez y para siempre, sino un avance sujeto a potenciales retrocesos y presiones. La existencia de patologías sirve, precisamente, para poner a prueba la capacidad de reacción del sistema y, en suma, su propia eficacia. La salud del organismo, al igual que la del sistema democrático, no consiste en no padecer patologías sino en ser capaz de luchar contra las mismas y erradicarlas. Y eso no es –quizá no pueda serlo nunca– una línea de llegada sino una permanente línea de salida.

Bajo la guía del Profesor Presno Linera y con el apoyo y ánimo del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, los resultados de esta investigación que aquí sucintamente se han expuesto fueron presentados presencialmente en esa institución, tras el primer y más duro embate del Covid-19, el 20 de julio de 2020 ante un Tribunal formado por los Profesores Francisco Bastida, Benito Aláez, Ana Carmona, Ascensión Elvira y Anne Maewese. Gracias a la generosidad del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, aquélla ha conseguido ver la luz, recientemente, en forma de monografía (*De las inmunidades del poder a la inmunidad del ordenamiento jurídico y sus patologías*).

El carácter marcadamente teórico de la investigación llevada a cabo me ha permitido, durante el desarrollo de la misma así como fundamentalmente después,

analizar de forma «monográfica» algunas de las patologías más señaladas del ordenamiento jurídico español (ya mencionadas en la tesis). Así, me he ocupado particularmente, por ejemplo, del abuso del decreto-ley o de las distorsiones que ha venido sufriendo la inviolabilidad regia. Creo, no obstante, que, si bien la investigación doctoral acompaña a uno toda la vida, la que he tratado de realizar, por el fenómeno que analiza, lo hará con particular intensidad. El propio devenir del mundo, cada vez más complejo, hace que el sistema normativo se enfrente constantemente a nuevos retos que pueden poner en tela de juicio su propia subsistencia (autorreferencialidad y positividad) y, por tanto, su propia identidad como Estado social y democrático de Derecho. El ordenamiento debe ser capaz de adaptarse a las nuevas circunstancias del medio social (positividad) sin renunciar a sus propios mecanismos, juridificados, de funcionamiento (autorreferencialidad) para seguir siendo tal.

Así, aprovechando la fuerza motriz que la tesis doctoral ha generado, pero tratando de explorar académicamente otros campos de conocimiento particularmente interesantes y determinantes para el futuro, la próxima singladura consistirá en analizar el impacto que la inteligencia artificial está teniendo sobre el funcionamiento y la propia identidad de los sistemas democráticos contemporáneos. ¿Son los algoritmos las nuevas inmunidades del poder? A ello pretendo dedicar con ilusión, aunque no sin cierto vértigo, los próximos años de mi vida académica.

Las sentencias piloto: un instrumento eficaz para la reforma de las cárceles europeas

Sara Turturro Pérez de los Cobos

Doctora por la Universidad de Alcalá

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico 20 años

SUMARIO:

I. Introducción
II. Los estándares europeos sobre las prisiones
III. Las sentencias piloto
IV. Conclusiones

NOTA BIOGRÁFICA:

Sara Turturro Pérez de los Cobos es Doctora en Derecho por la Universidad de Alcalá (2020). Su tesis obtuvo la calificación de sobresaliente *cum laude*, la mención internacional y el premio extraordinario de Doctorado. Graduada en Derecho por la Universidad de Alcalá con Premio Extraordinario (2013). Máster de Acceso a la Abogacía en la Universidad Autónoma de Madrid (2014). Entre 2016 y 2020 fue investigadora predoctoral FPU del MECD. En ese tiempo, realizó dos estancias de investigación en el *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* de Heidelberg (Alemania) con una duración total de nueve meses. Es autora de una monografía y de varios artículos y capítulos de libro sobre los estándares penitenciarios europeos y las sentencias piloto, materias sobre las que ha presentado varias comunicaciones. Actualmente trabaja como profesora ayudante doctora en el área de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la Revista nos alientan a dar a nuestra introducción un toque personal. Este enfoque me parece interesante pues, al fin y al cabo, toda biografía personal es parte de una biografía intelectual y ayuda a comprenderla. O, como se dice coloquialmente, "cada tesis es un mundo" y conocer las preocupaciones, anhelos y razones que nos llevaron a empezar la carrera académica quizás también sirva para entender mejor el contenido de nuestro trabajo.

En 2009 empecé el Grado en Derecho en la Universidad de Alcalá. Lo cierto es que arranqué mis estudios con mucha ilusión y con la convicción de haber elegido la carrera adecuada. Quería estudiar Derecho para entender mejor el funcionamiento de nuestra sociedad. Es por ello que, en el primer curso, me sentí especialmente atraída por las asignaturas más teóricas y abstractas como "Filosofía del Derecho", magistralmente impartida en nuestra Facultad por la profesora Isabel Garrido Gómez. Sin embargo, también me gustaba pensar en el Derecho como una herramienta eficaz para la resolución de conflictos. Creo que

esta dualidad es intrínseca a mi persona y por ello no es de extrañar que al final del Grado tuviera dudas sobre qué camino emprender: la abogacía o la docencia.

En un primer momento me decanté por la abogacía, principalmente por razones prácticas: hacia el final de la carrera asistí a un curso sobre salidas profesionales en el ámbito jurídico en el que me explicaron que, en los últimos tiempos, la carrera académica no era una opción. Acabé el Grado en 2013 y en ese momento las universidades públicas no contrataban a nadie. Al acabar el Grado me pareció que lo más lógico era continuar mis estudios, así que decidí cursar el Máster de Acceso a la Abogacía en la Universidad Autónoma de Madrid. Una vez finalizado el Máster y superado el Examen de Acceso a la Abogacía trabajé durante un tiempo en varios despachos. Los meses fueron pasando hasta que un día me di cuenta de que era muy joven como para no arriesgarme: la carrera académica se vislumbraba muy difícil, pero al menos había que intentarlo. Hoy en día me alegro de haber tomado aquella decisión.

Cuando en el 2016 decidí dejar mi trabajo para empezar la tesis no había tenido ningún contacto con el mundo académico, así que con cierta inocencia tan sólo me plantee dos preguntas: ¿Sobre qué tema me gustaría investigar? y ¿Con quién me gustaría trabajar? Las dos preguntas me llevaron a la misma persona: la profesora Encarna Carmona Cuenca. Encarna había sido mi profesora de "Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional", una asignatura que me fascinó desde el principio hasta el final.

La profesora Carmona era una gran experta en el tema, por lo que conseguía dar las clases a varios niveles. Por una parte, exponía las bases de la asignatura de una forma clara y sintética para que fueran accesible para todos los alumnos, pero al mismo tiempo iba introduciendo en sus explicaciones elementos de sus propias investigaciones, lo que iba despertando el gusanillo investigador en alguno de nosotros. Los casos que debíamos resolver en sus clases habían sido seleccionados a conciencia, lo que nos permitía aportar distintas soluciones, reflexiones e incluso críticas. Encarna siempre dejaba abierta la posibilidad de debate y siempre nos daba cierto margen para dar un toque más personal y creativo a nuestros trabajos. Era profesional, entusiasta y muy respetuosa con los alumnos. Años más tarde recordé todo aquello.

En cuanto al tema de la tesis, de forma casi inmediata pensé que me gustaría investigar algo relacionado con los derechos de la población reclusa. Ese interés tenía su explicación. Durante el último año de la carrera disfruté de una Beca Erasmus en la Universidad de Edimburgo y una de las asignaturas que cursé fue Criminología. Esa asignatura que cursé por casualidad se reveló como un auténtico descubrimiento. Me hizo reflexionar sobre cómo en el Derecho Constitucional no dedicamos mucho tiempo a pensar en los reclusos, aquellas personas que se ven privadas de uno de sus derechos fundamentales más básicos y que experimentan el poder punitivo del Estado en su máxima expresión. La cárcel es un castigo absolutamente interiorizado por parte de nuestra sociedad y justamente

por ello pensé que quizás fuera importante replantearse su naturaleza y su alcance en ciertos casos.

Por suerte, a Encarna no sólo le pareció bien la elección sino que además, muy generosamente, decidió ponerme en contacto con el profesor Javier García Roca, con quien llevaba ya muchos años trabajando, para que él también me dirigiera la tesis. Recuerdo perfectamente el día que fui por primera vez a la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid para conocer a Javier. Su despacho estaba en obras, así que me recibió en una sala enorme en la que yo me sentí minúscula. Javier era la viva imagen de un catedrático apasionado por su oficio: infinitamente sabio y tremendamente despistado. El profesor García Roca posee una gran intuición y con pocas pinceladas me ayudó mucho a ordenar la investigación. De hecho, en esa reunión ya me dio una buena idea: la tesis se tenía que insertar en el último I+D que estaba liderando sobre el impacto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Poco después descubrí que la jurisprudencia del TEDH sobre los derechos de la población reclusa es prácticamente inabarcable. Hay muchísimas sentencias, y además la mayoría de ellas son repetitivas. En verdad, Javier y Encarna ya conocían esta realidad, pues cuatrimestralmente se reunían junto a otros profesores para elaborar unas crónicas de jurisprudencia que se publican en la Revista Española de Derecho Administrativo. Más tarde yo también me uní a esas reuniones, lideradas por Javier, en las que de primera mano pude comprobar el ingente número de sentencias que dicta Estrasburgo sobre estos temas.

Pronto todos nos dimos cuenta de que era necesario acotar el tema de la tesis, y así es como surgió la idea de las sentencias piloto, un procedimiento creado por Estrasburgo justamente para hacer frente a demandas repetitivas que tienen su origen en un problema estructural. En ese momento ya se habían dictado cinco sentencias piloto sobre el estado de las cárceles: *Ananyev y otros contra Rusia*, de 10 de enero de 2012, *Torreggiani y otros contra Italia*, de 8 de enero de 2013, *Neshkov y otros contra Bulgaria*, de 27 de enero de 2015, *Varga y otros contra Hungría*, de 10 de marzo de 2015 y *W.D. contra Bélgica*, de 6 de septiembre de 2016. Más tarde, durante la elaboración de la tesis se dictaron otras dos más: *Rezmiveș y otros contra Rumania*, de 25 de abril de 2017 y *Sukachov contra Ucrania*, de 30 de enero de 2020.

Al empezar la tesis mis directores me recomendaron escribir un primer capítulo sobre el funcionamiento del Sistema Europeo de Derechos Humanos. Fue el capítulo que más me costó escribir y el que finalmente menos aproveché, aunque ese trabajo no cayó en saco roto: Encarna ya me había advertido que primero había que subir los escalones para luego tirar la escalera. Ese capítulo pasó a ser el tercero en el orden definitivo de la tesis. Finalmente, esas páginas las dediqué específicamente a analizar el funcionamiento de las sentencias piloto del TEDH y a aportar varias estadísticas, muy interesantes a mi parecer, sobre el número

de demandas que llegan a Estrasburgo, los artículos que se vulneran con mayor frecuencia, los temas más recurrentes y los países más incumplidores.

Gran parte del segundo capítulo de la tesis sobre los estándares penitenciarios internacionales y europeos lo escribí en mi primera estancia en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, que se produjo de mayo a julio de 2018. El ambiente de trabajo de Heidelberg (Alemania) me ayudó mucho a concentrarme y a conseguir un enfoque multinivel tan habitual en las investigaciones que se llevan a cabo en el Instituto. Ese enfoque multinivel me permitió reparar en algo interesante: en el seno de la Unión Europea se toman prestados los estándares penitenciarios del TEDH para evaluar cuestiones tan importantes como la aplicación de la Orden Europea de Detención y Entrega o el cumplimiento de los derechos fundamentales por parte de los Estados candidatos a ingresar en la Unión Europa. Esta parte del capítulo fue la más complicada, pero creo que valió la pena.

Una vez escritos los dos primeros capítulos sufrí el mayor parón de la tesis. Me quedé estancada y no sabía como continuar. Por suerte, durante los meses siguientes me concentré en las clases y para la segunda estancia en Heidelberg, que fue de marzo a agosto de 2019, ya conseguí desbloquearme. Para concluir la tesis había que echar un vistazo hacia atrás y otro hacia delante. Hacia atrás para estudiar el origen cultural y filosófico de los estándares penitenciarios. Hacia adelante para estudiar el cumplimiento y el impacto de las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles.

El tercer capítulo que escribí, el primero en el orden definitivo de la tesis, fue el que más disfruté. Javier y Encarna me dieron una gran libertad para indagar sobre el origen de la pena de prisión, los grandes reformadores penitenciarios o los primeros sistemas carcelarios. Fue muy interesante comprobar que los actuales principios de la política penitenciaria europea que se propugnan desde el Consejo de Europa son fruto de una larga tradición cultural y filosófica y de una experiencia compartida en las cárceles europeas.

El último capítulo de la tesis lo dediqué a estudiar el cumplimiento de las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles. De hecho, fue tan extenso que mis directores me recomendaron subdividirlo en dos capítulos para ordenar mejor la información: en el cuarto capítulo hablo de las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles y en el quinto sobre las medidas adoptadas por los distintos estados para dar cumplimiento a aquellas sentencias. Finalmente, la tesis se cierra con unas conclusiones numeradas y también pude añadir una pequeña adenda con algunas propuestas e ideas que me habían surgido durante la elaboración de los distintos capítulos.

A continuación, resumiré brevemente algunas de las principales ideas de la tesis. Me centraré específicamente en los estándares europeos sobre las prisiones y en las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles. Como es lógico, en la

tesis se analizan muchas otras cuestiones que aquí, por razones de espacio, no tienen cabida. En el caso de que el lector esté interesado en esta temática podrá encontrar más información en la monografía que publiqué en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en 2021 y que lleva como título *Los estándares europeos sobre prisiones. El impacto de las sentencias piloto.*

II. LOS ESTÁNDARES EUROPEOS SOBRE LAS PRISIONES

En la tesis se analizan cuáles son los estándares internacionales y europeos sobre la situación de las prisiones. A este respecto, cabe destacar la labor del Consejo de Europa que, desde hace ya décadas, viene actuando como precursor en la protección de los derechos de la población reclusa, tal y como sucedió previamente con la abolición de la pena de muerte en Europa. El Consejo de Europa lleva ya muchos años trabajando en el objetivo de humanizar las prisiones a través de varios de sus órganos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y el Comité de Ministros.

Quizás a alguno de los lectores les sorprenda que una tesis sobre las condiciones carcelarias se defendiera en el Área de Derecho Constitucional. Sin embargo, las conexiones con esta materia son claras. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una de sus célebres sentencias, *Campell y Fell contra Reino Unido*, de 28 de junio de 1984, afirmó que la justicia no debía detenerse en las puertas de las prisiones. Al igual que ya se habla desde el Derecho Constitucional de las garantías de los detenidos y procesados, también se debería hablar con más frecuencia de las garantías de los condenados.

Cuando una persona es condenada a una pena de prisión, su castigo es la pérdida de libertad. A esta pena no hay que añadirle otras penas adicionales. Y esto es así por varios motivos. Primero, porque estas penas adicionales no están contempladas en nuestro ordenamiento jurídico. En segundo lugar, porque los presos, a pesar de haber cometido un delito, siguen siendo personas y, como tales, siguen siendo titulares de todos los derechos fundamentales. Con una excepción importante: el derecho a la libertad. Un derecho de cuya importancia hemos tomado plena consciencia últimamente por culpa de la pandemia.

Finalmente, cabe señalar que la justicia no debería detenerse a la puerta de las prisiones también por razones prácticas. Las malas condiciones penitenciarias no sólo perjudican a los presos, sino también nos perjudican a todos como sociedad. Algunas cárceles europeas están tan sobrepobladas que los presos pasan todo el día dentro de la celda y ni siquiera disponen de una cama en la que dormir. Esto sucede en algunos países del este como Rusia o Ucrania, pero también ha sucedido en ciertos países de nuestro entorno como, por ejemplo, Italia.

En este escenario de sobrepoblación carcelaria y malas condiciones de reclusión es casi imposible que los presos se rehabiliten. En este sentido cabe recordar que, al menos formalmente, una de las finalidades de la pena de cárcel es la reinserción de los penados. Sin embargo, en la práctica suele suceder lo contrario, y es que, en muchas ocasiones, la salud mental y la drogodependencia de algunos reclusos empeora dentro de la cárcel. Además, la sobrepoblación carcelaria es peligrosa porque la falta de espacio dispara los episodios de tensión y violencia. También es peligrosa porque esta falta de espacio, junto a las malas condiciones higiénicas, puede ser un caldo de cultivo perfecto para la propagación de enfermedades como el Coronavirus (pero también muchas otras).

De hecho, el inicio de la pandemia se vivió de forma muy traumática en varias cárceles europeas. Hay que tener en cuenta el contexto: en muchas cárceles sobrepobladas no se podían mantener las distancias de seguridad, la ventilación era inexistente y muchos bulos corrían dentro de los muros de las prisiones. Las visitas se cortaron durante largos periodos y los presos tenían miedo de quedar, si cabe, aún más aislados de la sociedad. En algunas cárceles se vivieron momentos de verdadera tensión. Por ejemplo, en marzo de 2020, en Italia, se produjeron revueltas y fugas que se saldaron con algunas muertes.

En este contexto tan alarmante varios gobiernos adoptaron medidas para reducir el número de presos. Tal y como se analiza en la tesis, durante los primeros meses de la pandemia Francia excarceló a 11.500 presos, Italia a 8.000, España a 3.000 y otros países como Portugal, Noruega, Eslovenia, etcétera sucedió lo mismo. La mayoría de estos presos pasaron a cumplir su pena bajo el régimen de arresto domiciliario o se les conmutó la pena por trabajos en beneficio de la comunidad. En el ámbito del Consejo de Europa, el caso de Turquía es seguramente el más llamativo. Se calcula que la espectacular excarcelación afectó a un tercio de los presos turcos, es decir a alrededor de 100.000 internos. Sin embargo, los presos preventivos y los presos políticos -entre los que se encuentran periodistas y activista de derechos humanos- no se incluyeron en la medida.

Tristemente, todo esto no es nuevo. La sociedad suele ignorar las cárceles y mirar a otro lado hasta que es demasiado tarde. Es lo que Pugiotto llama la "cultura de la emergencia". La cárcel es una institución que siempre ha estado en crisis desde sus orígenes, tal y como se analiza en el primer capítulo de la tesis. Lo preocupante es que hoy en día, en pleno siglo XXI, parece que no hemos avanzado demasiado en ciertos aspectos y todo ello es lo que durante la elaboración de la tesis me llevó a reflexionar sobre si el problema es la falta de garantías para proteger los derechos fundamentales de los reclusos. La respuesta es negativa, de hecho, una de las principales conclusiones de la investigación es que hoy en día contamos con unos estándares penitenciarios suficientemente detallados. Estos estándares se analizan en el segundo capítulo de la tesis y *grosso modo* se pueden ordenar a través de tres tipos de garantías: normativas, institucionales y jurisprudenciales.

En cuanto a las garantías normativas, cabe señalar que los principales estándares internacionales y europeos sobre la situación de las prisiones y los derechos de la población reclusa se pueden extraer del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984) y su Protocolo Facultativo y del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura (1987). Además, existen interesantes normas de *soft law* penitenciario de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa. Algunos de estos instrumentos, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos o las Reglas Penitenciarias Europeas, se analizan en la tesis. Durante el desarrollo de mi investigación también pude analizar el funcionamiento de los órganos encargados de velar por el cumplimiento de estos Convenios. Me refiero al Subcomité Contra la Tortura de las Naciones Unidas, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y los Mecanismos Nacionales de Prevención. Estos últimos llaman especialmente la atención porque se tratan de órganos nacionales regulados por normas internacionales.

Recuerdo que durante la elaboración de la tesis el funcionamiento de estas garantías institucionales me pareció algo fascinante. En primer lugar, por su forma de trabajo. Los miembros de estos Comités se dedican a viajar por todo el mundo visitando los lugares de detención, es decir, las cárceles, pero también otras instituciones como los centros psiquiátricos, y toman nota de todo lo que ven. Pueden acceder a las celdas, y también hablar con los presos o con los vigilantes. Finalmente elaboran un informe muy detallado en el que explican al Estado cuales son los puntos de mejora. Estos informes, especialmente cuando se hacen públicos, pueden servir para presionar a los Estados para mejorar las condiciones carcelarias. Además, también me pareció muy interesante el uso que los tribunales hacen de la valiosa información que se contiene en estos informes. Especialmente el uso que hace el TEDH de los informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura. En ciertos casos, el TEDH, antes de dictar una sentencia, usa los informes del Comité para conocer la situación real de las cárceles de un determinado país. En otras ocasiones, una vez que el proceso ya ha concluido, el TEDH usa estos informes para averiguar si el Estado ha adoptado las medidas que se le impuso en la sentencia.

Por último, en cuanto a las garantías jurisprudenciales, cabe destacar la excelente labor del TEDH. En un primer momento el TEDH sólo consideraba que se podía producir una violación del artículo 3 del Convenio (en el que se prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes) en aquellos casos en los que se hubiera producido un acto deliberado por parte de las autoridades. Sin embargo, a partir del caso *Dougoz contra Grecia*, de 6 de marzo de 2001, ya no se exige que las autoridades tengan la intención de humillar a los reclusos para que se produzca una violación de lo dispuesto por el artículo 3 del Convenio. Por lo tanto, el TEDH admite que unas malas condiciones de reclusión también pueden suponer tratos inhumanos y degradantes para los presos.

El TEDH ha dictado miles de sentencias sobre las condiciones carcelarias. En la tesis se aportan algunas estadísticas. Cuando el TEDH valora si las condiciones de reclusión vulneran o no lo establecido por el artículo 3 del Convenio, baja a la realidad de las cosas y examina la cuestión al detalle. Examina cuestiones como el número de metros cuadrados de la celda, el número de presos por celda, si el aseo está separado por una puerta o está a la vista de todos, la ventilación, la calefacción, el número de horas que los presos pasan al aire libre o el acceso a las duchas, entre muchas otras cosas.

Está claro que el TEDH no podría entrar a valorar todas estas circunstancias si no tuviera a su disposición los instrumentos de *soft law* penitenciario a los que me he referido antes y, sobre todo, si no contara con los informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura. Lo cierto es que desde Estrasburgo no se suele trabajar de esta forma, pues lo habitual es que el TEDH deje un cierto margen de apreciación a los Estados a la hora de cumplir con lo dispuesto en el Convenio. Sin embargo, teniendo en cuenta el gran número de demandas relacionadas con el ámbito penitenciario y su gravedad parece que esta faceta más realista o "efectivista" del TEDH está justificada en estos casos.

Llegados a este punto, tras examinar las distintas garantías normativas, institucionales y jurisprudenciales, se puede concluir que el problema de la sobrepoblación carcelaria y de las malas condiciones de reclusión, no se debe tanto a la falta de estándares sino a la falta de cumplimiento efectivo de los mismos. Por desgracia, una cosa es que los Estados se comprometan a cumplir ciertos estándares y otra cosa muy distinta es que los cumplan en la práctica. Aquí es donde entran en juego las sentencias piloto y la pregunta central de la tesis: ¿Las sentencias piloto son un instrumento útil a la hora de mejorar el cumplimiento de los estándares penitenciarios?

III. LAS SENTENCIAS PILOTO

La sentencia piloto es un mecanismo creado por el TEDH para hacer frente a problemas sistémicos o estructurales. A través de este procedimiento el TEDH selecciona una única demanda de entre varias demandas repetitivas para que ésta sirva como modelo para la resolución de un gran número de casos idénticos. En otras palabras, a través del procedimiento de las sentencias piloto el TEDH selecciona un caso o un grupo de casos, con el fin de que la solución pueda extenderse más allá del caso o casos estudiados, de modo que abarque todos los asuntos repetitivos que tienen su origen en el mismo problema estructural.

Desde luego, un aspecto positivo de las sentencias piloto es que pueden servir para limitar la carga de trabajo que sufre el TEDH. No es ningún secreto que en los últimos años el número de demandas que han llegado a Estrasburgo se ha

disparado. Esto no es de extrañar, teniendo en cuenta que los 47 Estados miembros del Consejo de Europa suman más de 800 millones de personas. A Estrasburgo llegan miles de demandas repetitivas, sin embargo, los recursos del TEDH son limitados, por lo que las sentencias piloto, en ciertos casos, pueden ser útiles para hacer frente a este tipo de problemas estructurales.

El TEDH ha dictado hasta el momento siete sentencias piloto sobre el estado de las cárceles contra Rusia, Italia, Bulgaria, Hungría, Bélgica, Rumanía y Ucrania. Aquí un pequeño inciso, y es que en la tesis no se analizó la situación de España, precisamente porque el TEDH no ha detectado ningún problema estructural en nuestro sistema penitenciario ni ha dictado ninguna sentencia piloto por este motivo. Aunque ello no es óbice para que las tendencias europeas descritas en la investigación también sean de interés para nuestro país y el resto de países europeos.

Los hechos recogidos por las sentencias piloto son escalofriantes. Por poner algún ejemplo, un preso italiano declaró que pasaba casi 20 horas al día en una litera que estaba a tan solo 50 centímetros del techo. Un preso húngaro alegó que no había suficientes camas para todos. En Rusia, Bulgaria y Hungría los presos tenían que hacer sus necesidades delante del resto de reclusos. En Bulgaria había una plaga de ratas e insectos. En Rumanía y Ucrania los reclusos prácticamente no tenían acceso a las duchas. En todas las sentencias se habla de falta de luz, de falta de ventilación, comida escasa y de pésima calidad, falta de ropa de cama y un largo etcétera.

Teniendo en cuenta la gravedad de los hechos descritos, en un primer momento, parte de la doctrina se mostró preocupada por el hecho de que el TEDH usara el procedimiento de las sentencias piloto en el ámbito penitenciario. Estos autores argumentaban que los presos que interponían la demanda alegaban violaciones muy graves del Convenio y por ese motivo merecían una respuesta individual (y no colectiva) por parte del Tribunal. Sin embargo, ya puedo adelantar que, desde mi punto de vista, el uso de las sentencias piloto en el ámbito penitenciario es un éxito por varios motivos.

En primer lugar, porque, como ya he dicho antes, el TEDH puede apoyarse en el trabajo de otros órganos del Consejo de Europa, en especial en los informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, para conocer el estado real de las prisiones de un determinado país. Esto le permite tener una visión global de la situación. Lo que resulta muy útil, pues las demandas de los reclusos que llegan a Estrasburgo son sólo la punta del *icerberg* de un problema estructural muy difícil de solucionar.

Como es conocido, tradicionalmente las sentencias del TEDH han tenido una naturaleza declarativa. En decir, generalmente el TEDH, en sus sentencias, se limita a señalar que se ha producido la violación de un artículo del Convenio y exige al Estado condenado el pago de una indemnización. En el caso de las sentencias

sobre el estado de las cárceles, esta forma de actuar no es muy efectiva, pues el recluso que interponga una demanda recibirá el pago de una indemnización, pero ello en la práctica sólo significará un pequeño parche que no soluciona el problema subyacente.

Sin embargo, en las sentencias piloto el TEDH impone al Estado condenado la adopción de medidas generales dentro de un plazo de tiempo determinado, que generalmente va de los seis meses a los dos años. En todas estas sentencias, el TEDH ha impuesto la adopción de las mismas medidas generales: los Estados condenados deben reducir el número de presos (especialmente presos preventivos) y ampliar el uso de las medidas alternativas a la pena de prisión. Aunque lo realmente interesante es cómo se ejecutan estas sentencias.

A la hora de analizar el cumplimiento de las sentencias piloto, acudí a "*Hudoc Execution*", la base de datos en la que se cuelgan todos los documentos de la ejecución de las sentencias del TEDH. En esta página se pueden consultar las resoluciones del Comité de Ministros, que es el órgano encargado de vigilar la ejecución de las sentencias del TEDH, los informes de los Estados condenados, y las resoluciones de los terceros intervinientes. En todas las sentencias sobre el estado de las cárceles han intervenido ONGs que luchan para proteger los derechos de los reclusos.

A veces la lectura de los documentos de la ejecución de la sentencia puede resultar un tanto complicada, pues al fin y al cabo se trata de documentos internos de trabajo muy técnicos. Sin embargo, con un poco de paciencia se puede obtener una visión bastante fidedigna sobre el avance en el cumplimiento de la sentencia. Por una parte, los Estados en sus informes muestran las medidas que han ido implementado, por muy pequeñas que sean, y obviamente siempre intentan que los informes queden lo mejor posible. Por otra parte, las ONGs en ciertos casos se muestran muy activistas – por ejemplo, durante la ejecución de la sentencia piloto *Neskov contra Bulgaria* incluso llegaron a acusar al Gobierno de corrupción por quedarse con los fondos destinados a incorporar medidas alternativas a la pena de prisión como el brazalete electrónico-.

Por último, el Comité de Ministros, que es un órgano diplomático formado por los representantes permanentes de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, dicta unas resoluciones que generalmente son muy breves. En estas resoluciones el Comité normalmente felicita a los Estados por sus avances y también les indica qué puntos deben mejorar. Las indicaciones del Comité son más directas y detalladas que las del TEDH en las sentencias piloto.

En cualquier caso, considero que examinar los documentos de la ejecución de las sentencias piloto es algo muy interesante porque puede servir para identificar qué medidas concretas sirven para poner fin al problema de la sobrepoblación carcelaria y a las malas condiciones de reclusión. Teniendo en cuenta que estos

problemas no son exclusivos de un país, esta información puede resultar muy útil para otros países.

En el último capítulo de la tesis se analiza qué medidas han adoptado los Estados condenados para poner fin al problema de la sobrepoblación carcelaria y qué impacto han tenido estas medidas. Todos los Estados condenados han puesto en marcha medidas estructurales para poner fin al problema de la sobrepoblación carcelaria y las malas condiciones de reclusión. Estas medidas han consistido principalmente en la construcción de nuevos centros penitenciarios, en la mejora de las condiciones de las cárceles y en la creación de nuevas normas sobre el traslado y reubicación de presos. Por poner algún ejemplo, a partir de la condena por parte de Estrasburgo, Rusia planeó la construcción de 366 nuevas prisiones y mejoró las condiciones de los presos más vulnerables como enfermos o embarazadas.

Muchos Estados también pusieron en marcha la adopción de medidas alternativas directas, que son aquellas medidas destinadas a evitar la entrada de nuevos presos a las cárceles. Estas medidas consisten principalmente en la despenalización de ciertas conductas y en la limitación de la prisión preventiva. Por ejemplo, en Italia se despenalizó el delito de inmigración ilegal y se rebajó la pena de ciertos delitos contra la salud pública. Estas medidas tuvieron un gran impacto a la hora de reducir el número de presos, ya que un gran número de ingresos en prisión estaba relacionado precisamente con este tipo de delitos.

Por último, la mayoría de Estados adoptó medidas alternativas indirectas, que son aquellas medidas que buscan la salida anticipada de los presos. Por ejemplo, en Italia, Bulgaria y Rumanía se fomentó el uso de la libertad condicional y del brazalete electrónico especialmente a partir del inicio de la pandemia. En Hungría también se fomentó el uso del arresto domiciliario y del brazalete electrónico.

Ahora bien, tal y como se señala en la investigación, no todas las medidas adoptadas por los Estados son igual de eficaces a la hora de combatir el problema de la sobrepoblación carcelaria. Según varios instrumentos de *soft law* penitenciario, la construcción de nuevas prisiones no es la medida más eficaz, porque con el paso del tiempo esas nuevas prisiones acaban ocupándose.

Por otra parte, con las medidas alternativas indirectas se puede correr el riesgo de un efecto rebote. Es lo que Mauro Palma, ex presidente del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura llama “bulimia penal”: esperar a que las cárceles estén a rebosar para vaciarlas, en muchos casos sin demasiado orden ni control. Seguramente las medidas más eficaces para limitar el problema de sobrepoblación carcelaria a largo plazo pasan por despenalizar ciertas conductas y limitar el uso de la prisión preventiva.

IV. CONCLUSIONES

1) Las condiciones de las cárceles han mejorado gracias a los estándares europeos establecidos por el TEDH. En un primer momento el TEDH sólo consideraba que se podía producir una violación del artículo 3 del Convenio en aquellos casos en los que se hubiera producido un acto deliberado por parte de las autoridades. Sin embargo, a partir del caso *Dougoz contra Grecia*, de 6 de marzo de 2001, ya no se exige que las autoridades tengan la intención de humillar a los reclusos para que se produzca una violación de lo dispuesto por el artículo 3 del Convenio. Por lo tanto, el TEDH admite que unas malas condiciones de reclusión o un problema de hacinamiento carcelario también pueden suponer tratos inhumanos y degradantes para los reclusos. Una línea jurisdiccional que se ha mantenido con paciencia dos décadas.

2) El TEDH ha dictado hasta el momento siete sentencias piloto sobre el estado de las cárceles contra Rusia, Italia, Bulgaria, Hungría, Bélgica, Rumanía y Ucrania. La sentencia piloto es un mecanismo creado por el TEDH para hacer frente a problemas sistémicos o estructurales. A través de este procedimiento el TEDH selecciona una única demanda de entre varias demandas repetitivas para que ésta sirva como modelo para la resolución de un gran número de casos idénticos. A través de las sentencias piloto el TEDH impone al Estado condenado la adopción de medidas generales dentro de un plazo de tiempo determinado, que generalmente va de los seis meses a los dos años.

3) Antes de dictar las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles el TEDH ha consultado los informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura. La labor del Comité es clave para la reforma de las prisiones pues se encarga de analizar el diseño institucional y las políticas públicas de los Estados miembros con el fin de detectar los problemas estructurales de sus sistemas penitenciarios. La relación entre el TEDH y el Comité ha ayudado a mejorar los estándares de protección de los derechos fundamentales de los reclusos en el ámbito europeo.

4) En todas las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles el TEDH aplica varios instrumentos de *soft law* penitenciario del Consejo de Europa. El Comité de Ministros del Consejo de Europa y el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura llevan décadas elaborando recomendaciones e informes en los que se establecen ciertos estándares penitenciarios. Las malas condiciones de reclusión y el hacinamiento carcelario son problemas muy complejos que requieren de órganos expertos en estos temas, por lo que el TEDH no habría podido imponer ciertas directrices claras a los Estados condenados si estos órganos no hubieran definido previamente dichos estándares. Cuando el TEDH aplica en sus sentencias los estándares marcados por los instrumentos de *soft law* penitenciario indirectamente refuerza los efectos vinculantes de estos estándares. Esto sucede porque las sentencias del TEDH (a diferencia

de los instrumentos de *soft law*) sí tienen efectos jurídicos vinculantes para los Estados miembros.

5) En todas las sentencias piloto sobre hacinamiento carcelario el TEDH ha impuesto la adopción de dos medidas generales: los Estados condenados deben reducir el número de presos (especialmente de los presos preventivos) y ampliar el uso de las medidas alternativas a la pena de prisión. Todos los Estados condenados han puesto en marcha medidas estructurales para poner fin al problema de la sobrepoblación carcelaria y las malas condiciones de reclusión. Estas medidas han consistido principalmente en la construcción de nuevos centros penitenciarios, en la mejora de las condiciones de las cárceles y en la creación de nuevas normas sobre el traslado y reubicación de presos. Muchos Estados también pusieron en marcha la adopción de medidas alternativas directas, que son aquellas medidas destinadas a evitar la entrada de nuevos presos a las cárceles (como, por ejemplo, la despenalización de ciertas conductas o la limitación de la prisión preventiva). Por último, la mayoría de Estados adoptó medidas alternativas indirectas, que son aquellas medidas que buscan la salida anticipada de los presos (como, por ejemplo, la aplicación de la libertad condicional o el uso del brazalete electrónico).

6) En términos generales, las sentencias piloto son un instrumento eficaz para la reforma de las cárceles europeas, aunque aún persisten algunas deficiencias graves en algunos de los sistemas penitenciarios estudiados. A través de las sentencias piloto el TEDH ha asumido los estándares penitenciarios europeos y los ha sintetizado. Mediante esta operación ha logrado reforzar los efectos jurídicos de dichos estándares y al mismo tiempo ha incrementado su impacto en los Estados condenados.