

NUEVOS HORIZONTES del Derecho Constitucional

fundación
**Manuel
Giménez
Abad**

de Estudios Parlamentarios
y del Estado Autonómico

2023 N°

3
extra

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

La revista **Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional** pretende dar a conocer anualmente las tesis doctorales ya defendidas que previamente hayan sido expuestas en el Seminario de análogo nombre.

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.


Dirección

Daniel Fernández Cañueto


Pablo Guerrero Vázquez

ÍNDICE

La integración constitucional de la Unión Europea a través de un orden público europeo (2021)

Adrián García Ortiz  **5**


Luces y sombras del recurso de amparo constitucional (2021)

Ana López Navío  **26**

Teoría, práctica y debate sobre el voto particular en España e Italia (2021)

Daniel Camoni Rodríguez  **48**

Educación diferenciada: Un reto para la lucha por la igualdad en la educación (2021)

María Esperanza Gonzalvo Cirac  **69**

La integración constitucional de la Unión Europea a través de un orden público europeo

Adrián
García
Ortiz

Doctor por la Universidad de Alicante

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. El Derecho constitucional europeo crítico como marco teórico y metodología de trabajo
- III. Una propuesta de conceptualización unitaria del orden público
- IV. Contornos de un orden público en el Derecho de la Unión Europea
- V. El orden público del CEDH y la dimensión dogmática del Derecho de la Unión
- VI. Hacia un orden público europeo: propuestas *de lege ferenda*.
- VII. A modo de conclusión

NOTA BIOGRÁFICA:

Alcoy (Alicante), 1994. Profesor Ayudante de Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante. Doctor *Cum Laude* en Derecho por la Universidad de Alicante, con estudios de posgrado sobre justicia e interpretación constitucional, comparación jurídica y Derecho de la Unión Europea por las Universidades de Castilla-La Mancha y Bolonia y el European University Institute de Florencia. Ha realizado una estancia de investigación en la Università degli Studi di Perugia. Entre sus principales líneas de investigación se encuentran la dimensión dogmática del Derecho constitucional europeo, el proceso de construcción constitucional de la Unión Europea, el principio democrático y la protección constitucional del medio ambiente.

I. INTRODUCCIÓN

La decisión de iniciar la carrera académica se encuentra condicionada, esencialmente, por dos factores. Por un lado, una fuerte motivación personal hacia la docencia y la investigación que sea capaz de resistir, al menos en los primeros momentos, la incertidumbre y la precariedad laboral. Por otro lado, una cierta coyuntura contextual, esto es, la aceptación por un grupo de investigación y la obtención de una fuente de financiación que permita sufragar la elaboración de la tesis doctoral durante un periodo de tiempo de entre tres y cuatro años.

En este contexto, finalizado el grado en Derecho en el año 2016 y tras un ejercicio de reflexión introspectiva de la envergadura propia de quien debe diseñar una hoja de ruta para su futuro profesional, considero que es en la docencia y en la investigación en Derecho constitucional donde se encuentra mi vocación. Siendo consciente, no obstante, de la compleja convergencia de factores que han de concurrir para que este camino profesional culmine con éxito, decido realizar

un máster universitario de habilitación para la profesión de la abogacía al tiempo que completo mi formación en Derecho constitucional y Derecho de la Unión Europea en las universidades de Castilla-La Mancha y Bolonia y en el European University Institute de Florencia.

Al conseguir una de las Ayudas para la Formación del Profesorado Universitario (FPU) del Ministerio de Universidades (por aquel entonces de Educación, Cultura y Deporte), en septiembre de 2017 comienzo la investigación que culminará con la defensa de la tesis doctoral el 30 de septiembre de 2021 ante un tribunal formado por Carlos de Cabo Martín, José Asensi Sabater y Alessandra Lanciotti. Este concreto periodo (2017-2021) no es irrelevante, pues condicionará de manera directa el sentido y la finalidad del proyecto doctoral.

Tras la celebración del referéndum del Brexit en 2016, nos encontrábamos en un momento de *desconstitucionalización* europea, esto es, en un proceso en que la Unión Europea (UE) parecía tener verdaderas posibilidades de desintegrarse, lo que se presentaría como hipótesis factible —de manera inédita— en el Libro Blanco sobre el Futuro de Europa que la Comisión Europea presentó el 1 de marzo de 2017. El Brexit no era sino un síntoma más de la debilidad del proyecto europeo, que también se había manifestado en la gestión insolidaria de la crisis económica, la crisis de los refugiados de 2015 o en los fracasos en la respuesta europea a los ataques al Estado de Derecho por parte de Polonia y Hungría. Por primera vez parecía que el proyecto europeo podía retroceder, que la bicicleta de la que nos hablaba Delors podía dejar de pedalear.

Si bien el inicio del periodo de elaboración de la tesis coincidió con el (pesimista) Libro Blanco sobre el Futuro de Europa (2017), la finalización ha coincidido con la convocatoria de la Conferencia sobre el Futuro de Europa (2021), lastrada por los retrasos justificados por la pandemia del COVID-19. Aunque criticable por reproducir vicios del pasado —entre ellos, su complejidad—, la organización de eventos descentralizados y los paneles de ciudadanía europea han supuesto un revulsivo para el proyecto europeo. Pareciera que la tendencia se dirige ahora hacia una mayor integración: la pandemia del coronavirus ha fortalecido la capacidad de respuesta conjunta, la invasión rusa de Ucrania puede dar lugar a una nueva defensa europea, Dinamarca aprobó en referéndum el 1 de junio de 2022 su integración en la política de defensa de la Unión y Croacia se sumará al club de países que emplea el euro en 2023. Es en este contexto de introspección, de reflexión y análisis sobre la construcción europea donde se enmarca la tesis.

La elaboración de una tesis doctoral, como empresa investigadora de gran magnitud, hace traslucir inevitablemente la personalidad y la cosmovisión de su autor. Son las inquietudes personales del investigador las que determinan su objeto de estudio y sólo desde el compromiso personal con el tema de tesis el doctorando podrá sentirse satisfecho con su esfuerzo diario. Es por eso por lo que, con las oportunas indicaciones y orientaciones de quien asume la dirección de la investigación, decido investigar en el ámbito del Derecho constitucional europeo.

Podríamos intentar enumerar las razones objetivas por las que la UE es una buena idea: representa un mecanismo de ordenación de poder ante una globalización descontrolada, proporciona los beneficios derivados del mercado común, concede los derechos propios de la ciudadanía europea, etc. Probablemente, sin embargo, estas razones serían insuficientes para explicar el europeísmo como motivación personal. La defensa activa de la integración política, y constitucional, europea —también a través de la ciencia y de la universidad— depende, en mi opinión, de algo más bien emocional. La UE es un *proyecto*. Es algo que se construye, que está por hacer, que puede mejorar nuestras vidas y que representa valores como la pluralidad, la diversidad y la unidad, la solidaridad o la riqueza cultural. Y eso, en un contexto de cambio y desaparición de los esquemas explicativos del orden mundial, es, sin duda, ilusionante.

La tesis, pues, se encuentra impregnada de un europeísmo que es, en cierta medida, utópico y crítico. Los objetivos ambiciosos nos permiten avanzar —y cada avance representa un éxito— y a través de una perspectiva crítica se puede articular una respuesta constructiva que supere los déficits y limitaciones de aquello que se critica.

La universidad puede parecer en ocasiones un espacio teñido de una objetividad formal arrolladora y desilusionante. La primacía de la cantidad sobre la calidad en las exigencias investigadoras, la valoración positiva del cómputo de horas de docencia frente a su buena impartición y el efectivo aprendizaje por el alumnado, la ansiedad ante los procesos de evaluación-acreditación, la competitividad y la propia concepción de la carrera universitaria como, en efecto, una *carrera* —una competición de velocidad con ganadores y perdedores— puede conducirnos a un resultado fatal: que la universidad deje de ser un espacio de reflexión, crítica y pasión por el conocimiento y su transferencia en beneficio de la sociedad. Y, tal vez más grave, que quede deshumanizada.

Por eso, es de justicia dejar por escrito que, detrás del duro proceso que supone la elaboración de una tesis doctoral —con sus inevitables bloqueos, desvelos y *síndromes del impostor*—, he contado con el apoyo de unas magníficas personas que no sólo han demostrado su gran valía profesional, sino también su enorme calidad humana: José Asensi, quien fuera mi profesor de Derecho constitucional y la persona que confió en mí para integrarme en su equipo de investigación; mi director de tesis, José Chofre, quien me acogió desde el primer día como uno más del equipo; y los compañeros José Ángel Camisón, Mar Esquembre y Manuel Alcaraz, por su apoyo incondicional.

También agradezco las diferentes posibilidades que he encontrado en el camino para poder ir exponiendo en foros de doctorandos los avances de mi investigación: las Segundas Jornadas Doctorales para Investigadores en Formación en Derecho (Universidad de Zaragoza, 2018), las IV Jornadas Doctorales de la Universidad de Murcia (2018), el III Seminario de Trabajo «Nuevos Horizontes del

Derecho Constitucional» (Universitat de Lleida, 2019) y el Taller de Doctorandos de mi universidad, la Universitat d'Alacant (2021).

En las siguientes líneas se expondrán las principales conclusiones obtenidas de la investigación que condujo a la tesis doctoral que aquí se presenta, titulada «Orden público y Unión Europea. Una contribución a la construcción constitucional europea». La tesis sentó las bases de la posterior monografía «Orden público y Unión Europea» (Tirant lo Blanch, 2022), a la cual nos remitimos para una mayor información y para obtener la relación de las referencias bibliográficas empleadas.

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO CRÍTICO COMO MARCO TEÓRICO Y METODOLOGÍA DE TRABAJO

El objeto último de la tesis doctoral es la formulación de una propuesta de reconstrucción de la dimensión dogmática del Derecho constitucional europeo a través de la categoría de orden público. Esto es, pretende ser una propuesta desde la academia para la consolidación constitucional de la UE a través de la demostración de que el orden público, como categoría jurídico-constitucional, puede erigirse en un mecanismo para dotar a la UE de una dimensión dogmática o fundamento propio del constitucionalismo social.

La premisa metodológica sobre la que se construye el estudio es que la UE ha desbordado las categorías y metodologías propias del Derecho internacional, deviniendo así necesaria la aplicación del Derecho constitucional al espacio supraestatal europeo. De acuerdo con la metodología del constitucionalismo crítico postulada por Carlos de Cabo, en esta misión deben ser tenidas en cuenta cuatro exigencias: la repolitización del Derecho constitucional —se denuncia el predominio en la Unión de la *ratio* económica frente a la social—, la recuperación de las categorías conceptuales propias de la teoría constitucional en la dimensión y plenitud que le corresponden —democracia, control de poder, derechos fundamentales o, en nuestro caso, el orden público en su significado constitucional—, la reconstrucción de un nuevo sujeto de Derecho —mediante la resignificación de la centralidad de la dignidad como valor nuclear del constitucionalismo social— y la traslación al espacio supraestatal y globalizado de los esquemas propios del Derecho constitucional —en concreto, los correspondientes a su dimensión dogmática—, lo que ha dado lugar al Derecho constitucional europeo como disciplina científica en formación y desarrollo que analiza la UE a través de los parámetros propios del constitucionalismo.

Esta traslación de categorías constitucionales al nivel de ejercicio de poder que constituye la UE se realiza, evidentemente, bajo la consideración de que, si bien estos conceptos no pueden encontrarse en la Unión en su misma medida —en cuanto constitutiva de una realidad distinta al espacio (estatal) en el que aquéllos se han construido— ello no ha de servir de justificación para una merma de las garantías y controles democráticos presentes a nivel estatal.

Desde la constitución de un primer proyecto de naturaleza económica en los Tratados de París y Roma de 1951 y 1957, y conforme a un método neofuncionalista —esto es, funcional a la realización de su objetivo originario de promover el desarrollo económico de los países fundadores a través, principalmente, de la creación de un mercado común—, los diferentes Tratados europeos han atribuido a la Unión una serie de competencias que han acabado convirtiéndola en una organización supranacional de poder en la que se ejercen importantes parcelas de soberanía originariamente estatal. Este proceso habría dado lugar, según algunos autores, a una constitución material europea: así, se han formulado propuestas como las del «Estado constitucional europeo» de Häberle, el «constitucionalismo multinivel» de Pernice, el «constitucionalismo dual» de von Bogdandy o el «derecho contrapuntual» de Poiares Maduro (a partir de la teoría del pluralismo constitucional de MacCormick).

Sin embargo, consideramos que no es posible afirmar la existencia, en el actual estado de la Unión, de una constitución (material) europea en sentido estricto. Junto al argumento de que los Tratados han sido aprobados conforme a los parámetros propios del Derecho internacional, es decir, a través de conferencias intergubernamentales protagonizadas por los gobiernos estatales y, por tanto, al margen de cualquier tipo de poder constituyente europeo, se añade otro que, desde un punto de vista material o sustantivo, se fundamenta en la doble distinción clásica que es posible trazar en toda constitución.

En la arquitectura constitucional de la Unión es posible vislumbrar con claridad aspectos propios de la dimensión orgánica del constitucionalismo: existe un equilibrio de poderes (*checks and balances*) entre las diferentes instituciones, un sistema de fuentes del Derecho propio, la configuración de los Tratados como la norma suprema del ordenamiento jurídico de la Unión o mecanismos de participación política directa (la Iniciativa Ciudadana Europea) y representativa (elecciones al Parlamento Europeo).

En cambio, los elementos que habrían de vincularse a la dimensión dogmática de una hipotética constitución material europea quedan reconocidos de manera meramente formal: la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) es vinculante, pero la UE carece de una competencia propia sobre derechos fundamentales y de un sistema específico de garantía de esos derechos, y los valores del art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) no impregnan el ordenamiento jurídico de la UE, pues los fines (la dignidad, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho, los derechos humanos) no determinan los medios (el mercado), sino que es el medio el que se convierte en un fin, del que poder extraer, en su caso, aquellos valores.

La falta de desarrollo de una dimensión dogmática, es decir, de un *telos* o razón de ser, explica que la evolución de la Unión (en competencias y en diseño institucional) se haya producido sobre una misma lógica inicial, esto es, sobre una razón de ser esencialmente económica, funcional a la realización del mercado. En

consecuencia, es posible encontrar en la Unión una primacía de la *ratio* económica sobre la máxima realización de la dignidad humana, principio que constituye el eje nuclear de la constitución del Estado social.

En cuanto la categoría «dignidad» —fuente de todos los derechos fundamentales y premisa antropológico-cultural del Estado constitucional democrático— no ha sido trasladada al ámbito de la Unión, ésta se ha configurado como un espacio en el que no existe el *conflicto* y en que, por tanto, «lo económico» puede desenvolverse sin el correspondiente contrapeso «social». En definitiva, frente a la centralidad del valor dignidad, el sistema jurídico-político de la Unión se ha construido y ha evolucionado en torno a un objetivo no admisible como fundamento del ordenamiento constitucional: el desarrollo del mercado común europeo.

La «constitucionalidad» de la Unión es, así, incompleta o, en otros términos, se encuentra en una fase primigenia, la propia del primer constitucionalismo o constitucionalismo liberal: el Derecho de la Unión ordena el poder en dicho espacio para garantizar esencialmente la *libertad* de la ciudadanía —en este ámbito, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales—. En este contexto teórico, se defiende que la constitucionalización plena de la Unión sólo será posible a través de la asunción material de los parámetros propios del constitucionalismo social, esto es, a través de la articulación del ordenamiento jurídico europeo hacia el nuevo paradigma que constituiría la máxima realización de la igual dignidad humana.

De este modo, la tesis doctoral plantea, como propuesta teórica para la culminación —o, al menos, avance significativo— de la construcción constitucional de la UE, la recuperación del concepto de orden público y la conformación de un orden público propio europeo como medio para aquella *dogmatización* de la Unión en los términos propios del constitucionalismo social.

Para ello, la tesis se estructura en tres partes, cuyo contenido esencial se describe en este artículo: en la primera se realiza una propuesta de conceptualización unitaria del término y las funciones de la categoría de orden público; en la segunda nos interrogamos sobre la existencia de un orden público propio de la UE; en la tercera parte, una vez constatado que no es posible identificar en la Unión un orden público análogo en su caracterización y funciones al construido en la esfera estatal, se analizan las instituciones axiológicas existentes en el Derecho de la Unión para, a partir de ellas y del modelo que representa el orden público del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), proponer las medidas que pueden tender a la conformación de un orden público propio de la Unión, capaz de dogmatizar el ejercicio del poder europeo y de integrar políticamente a la UE.

III. UNA PROPUESTA DE CONCEPTUALIZACIÓN UNITARIA DEL ORDEN PÚBLICO

Los orígenes de la categoría de orden público se encuentran en el Código Civil napoleónico de 1804, al que fue incorporado con la finalidad de cristalizar, en el primer gran texto jurídico codificador de la modernidad, los valores de la Revolución francesa.

La delimitación conceptual del término «orden público» se enfrenta a dos problemas. Por un lado, se trata de un concepto jurídico indeterminado de tipo axiológico, que se caracteriza por la apertura de su contenido y por su carácter cambiante o dinámico, condicionado al contexto social y mutable en función de la rama del ordenamiento jurídico en que es utilizado. Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, existe una confusión conceptual en el término, presente en la propia Constitución española (CE), que maneja dos significados diferentes: como sistema de valores en el art. 16.1 CE y como paz social o ausencia de conflicto —esto es, como sinónimo de seguridad pública— en el art. 21.2 CE. Esta confusión se debe, consideramos, a razones históricas.

Desde la Ley de Orden Público de 20 de marzo de 1867, el orden público se ha identificado como un instrumento que, amparándose en un concreto sistema de valores o ideología política, permitía al poder ejecutivo un ejercicio discrecional en sus funciones de policía. Así, se consideraba delito o falta contra el orden público, entre otros, las manifestaciones públicas que ofendieran «a la Religión, a la moral, a la Monarquía, a la Constitución, a la dinastía reinante, a los Cuerpos Colegisladores y al respeto debido a las leyes». Esta concepción axiológica se mantendrá a lo largo de la historia constitucional española, si bien alternando contenidos más o menos amplios y vinculados en mayor o menor medida a valores de tipo político o moral.

No obstante, dado que aquellos valores habían quedado identificados con una determinada concepción de la monarquía y la religión (la vigente en el siglo XIX) y, posteriormente, con la represión política de la dictadura franquista, durante el proceso constituyente se intentará depurar el concepto de orden público para que su identificación con los valores —cuya concreción queda en manos del poder— quede sustituida por un significado reducido a realidades objetivas como la ausencia de conflicto o el normal funcionamiento de las instituciones y el libre ejercicio de los derechos. Ahora bien, como puede contemplarse en la propia Constitución, el Derecho positivo español vigente continúa empleando ambos significados en sus referencias al orden público.

En este contexto, se propone, desde una perspectiva constitucional, un análisis unitario de la categoría de «orden público» a partir de la distinción en la misma de una doble dimensión, positiva y negativa. Por un lado, podemos identificar una dimensión positiva en el análisis del orden público, referida a la definición del concepto y a la determinación de su contenido y funciones. Al respecto

debemos señalar, en primer lugar, que el orden público es una categoría jurídica axiológica que se compone de aquellos valores, principios y derechos que en un determinado ordenamiento jurídico se consideran fundamentales (inderogables e irrenunciables) según la realidad social en que se predicán.

Como categoría, el orden público se construye a partir de la dimensión subjetiva de los derechos: del derecho como pretensión invocable y objeto de protección y de su desarrollo en la realidad de un determinado ordenamiento es posible extraer –en lo que constituye su dimensión objetiva– una formulación concreta de los valores y de los principios que, junto con los derechos, compondrán el contenido del orden público. De este modo, el orden público expresa las concepciones o sentimientos vigentes en la sociedad y sus contornos y contenidos dependerán del contexto social en que se produzca su invocación y aplicación.

En segundo lugar, por lo que se refiere a las funciones del concepto, el orden público no constituye una simple suma agregada de valores, principios y derechos, sino una síntesis de los valores propios de un determinado ordenamiento jurídico que actúa como catalizador del mismo hacia la mayor protección, promoción y efectividad de la igual dignidad humana (art. 10.1 CE), a través del legislador en su labor de producción normativa, del ejecutivo en su función aplicativa y del juez en su actividad de resolución de conflictos. Junto a esta vertiente interna de la dimensión positiva del concepto es posible identificar también una vertiente externa en la misma, referida al orden público como elemento característico e identificativo de un determinado ordenamiento jurídico frente a otros, que actúa como un elemento de diferenciación, pero también de convergencia, con otros ordenamientos.

Por otro lado, la dimensión negativa de este análisis se refiere a aquel conjunto de instrumentos, mecanismos o técnicas jurídicas que tienen por objeto la garantía de la plena vigencia y eficacia del orden público según dimensión positiva. En este sentido debemos entender las excepciones de orden público, las limitaciones por razón de orden público o el orden público internacional que aparecen frecuentemente en el Derecho positivo y que justifican, por ejemplo, las limitaciones a las manifestaciones del ejercicio de la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1 CE), impiden la renuncia al ejercicio de los derechos (art. 6.2 del Código Civil); o justifican el no reconocimiento en España de una resolución judicial extranjera (art. 46.1.a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil). Si asumimos esta construcción conceptual, la paz social, la ausencia de disturbios o el normal funcionamiento de las instituciones y ejercicio de los derechos, con los que frecuentemente se identifica en la práctica jurídica, política y social el orden público, constituirían simplemente un efecto del ordinario funcionamiento de los instrumentos de la dimensión negativa del concepto de orden público.

También en esta dimensión negativa podemos diferenciar una vertiente interna y una vertiente externa. La vertiente interna opera en el interior de un determinado

ordenamiento jurídico, en las esferas pública y privada, a través de las funciones administrativas de policía, los delitos contra el orden público o las limitaciones a la libertad de contratación. Así, por ejemplo, en 1987 la Dirección General de Asuntos Religiosos denegó la inscripción de la Iglesia Evangélica del Buen Pastor en el Registro de Entidades Religiosas porque, al prohibir el abandono voluntario de sus miembros y supeditarlos a la decisión de la autoridad religiosa, se consideraba vulnerado el orden público.

Por su parte, la vertiente externa se identifica esencialmente con las cláusulas de orden público propias del Derecho internacional privado, que excluyen la aplicación en un determinado ordenamiento jurídico de disposiciones normativas extranjeras o el reconocimiento, aplicación o ejecución en aquél de sentencias y otras resoluciones dictadas en un Estado extranjero. De este modo, y a título ejemplificativo, el Tribunal Supremo consideró, en su sentencia 247/2014, de 6 de febrero, que era contrario al orden público internacional español la inscripción en el Registro Civil consular de Los Ángeles de dos menores nacidos por medio de gestación subrogada en dicho Estado.

Así construida, podemos afirmar que la categoría de orden público contribuye a los objetivos propios del constitucionalismo social. Primero, constituye el fundamento dogmático del ordenamiento constitucional, pues permite la ordenación del poder en garantía de la máxima realización de la igual dignidad humana. Segundo, le dota al ordenamiento de una legitimidad democrática, tanto porque le otorga una coherencia basada en la centralidad de la persona como porque conforma un sistema de valores que expresa los sentires y las concepciones imperantes en la sociedad. Tercero, coadyuva a la generación de una identidad constitucional, pues su contenido está constituido por los valores, principios y derechos que caracterizan a una determinada sociedad en un concreto momento histórico.

IV. CONTORNOS DE UN ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Con carácter general, y al margen de las diferentes propuestas doctrinales que han teorizado sobre un orden público existente, emergente o hipotético, entre las cuales destacan las formuladas por Angelini, Feraci y Corthaut, el Derecho de la UE, tanto el originario como el derivado, no ha configurado un concepto propio de orden público europeo.

De hecho, para el Tratado de la Unión Europea, en su artículo 4.2, el orden público equivale a un concepto nacional de paz social, cuyo mantenimiento constituye una función esencial del Estado: «[l]a Unión (...) [r]espetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional». Para el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por su parte, el

orden público aparece esencialmente como una noción de carácter estatal que funciona como excepción o contralímite a la aplicabilidad en un Estado miembro de normas de Derecho de la Unión que podrían lesionar cualquier valor considerado como esencial en su ordenamiento jurídico (entre otros, arts. 36, 45.3, 52.1, 65.1.b) y 202 TFUE). De este modo, la invocación al orden público puede justificar el establecimiento de restricciones a la importación o a la exportación o a la libre circulación de los trabajadores.

Esta concepción del orden público empleada en el TFUE se encuentra también en el Derecho derivado vinculante de la Unión, donde no obstante podemos encontrar una primera construcción de un orden público específico de la UE, sobre todo en el ámbito de las marcas y otros signos de identidad comercial. Así, por ejemplo, de acuerdo con el art. 7.1.f) del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea, las «marcas de la Unión Europea» —esto es, marcas de productos o servicios registrados de acuerdo a dicho Reglamento— no podrán acceder al Registro de Marcas de la UE en caso de que «sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres», expresión que ha de entenderse referida al núcleo de valores propio de la Unión, pues se trata de un motivo de denegación que el Derecho de la UE establece para acceder a un registro propio de la Unión de una marca que producirá efectos en toda la UE.

Finalmente, si bien el orden público no se contempla en la CDFUE, las Explicaciones a la misma —que no son vinculantes pero sí coadyuvan a su interpretación (art. 6.1.III TUE)— lo concibe como límite al ejercicio de los derechos al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones (art. 7 CDFUE), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 10 CDFUE), la libertad de expresión (art. 11 CDFUE) y la libertad de reunión pacífica y de asociación (art. 12 CDFUE); como modulación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE); y, finalmente, como excepción a la vigencia de los derechos, «en caso de guerra o de otros peligros públicos que constituyan una amenaza para la nación, al llevar a cabo acciones en el ámbito de la defensa nacional en caso de guerra o de mantenimiento del orden público» (art. 52 CDFUE, según el art. 15 CEDH).

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), es posible diferenciar seis fases temporales respecto a la evolución del concepto de orden público. Durante una primera fase (1974-1982) el orden público se concibe como una categoría estatal, formada por los «intereses fundamentales de la sociedad», que debe someterse a un tratamiento específico en el Derecho comunitario. En la segunda (1982-1991), por el contrario, el orden público se reafirma como un concepto estatal, pero restringido en su contenido a determinadas normas jurídicas positivas. En la siguiente fase (1991-1999) la jurisprudencia del TJUE parece tender hacia una apertura en el contenido del orden público, que se concibe ya en términos axiológicos y, especialmente, vinculado a los derechos fundamentales. Durante la cuarta fase (1999-2004),

si bien se descarta la existencia de un orden público europeo autónomo, la categoría comienza a adquirir un contenido propio del Derecho de la UE, y, dado que éste presenta un contenido esencialmente económico, el orden público ha de ser considerado como un «orden público económico» (STJUE C-126/97). En la quinta fase (2004-2010), en cambio, la caracterización definitiva del orden público por la jurisprudencia del TJUE toma forma en la dirección opuesta: el orden público se configura como una categoría jurídica de naturaleza estatal, cuya concreción corresponde a los Estados miembros (aunque debe incluir un contenido específico del Derecho de la Unión), que permite a los Estados basarse en concepciones axiológicas específicas para limitar la aplicabilidad del Derecho de la Unión en su propio territorio. Finalmente, en la sexta y última fase (iniciada en 2011 y que transcurre hasta la actualidad, comprensiva de los recursos interpuestos ante el TJUE después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009), esta construcción se consolida, aunque el orden público comienza a ser disociado de los intereses económicos.

En cualquier caso, no se transfieren a las sentencias las importantes construcciones de los Abogados Generales, en cuyas conclusiones es posible encontrar una tendencia a reconocer un orden público propio de la Unión, existente o emergente, que debe ser dotado de un contenido propio y una operatividad específica en el contexto europeo. De este modo, por ejemplo, el Abogado General Wathelet identifica en *Gazprom* el orden público europeo con «normas y valores cuya inobservancia no cabe concebir (...) porque semejante inobservancia sería inaceptable desde el punto de vista de un Estado de Derecho, libre y democrático. Se trata por tanto del conjunto de “principios que constituyen las propias bases del ordenamiento jurídico [de la Unión]”» (Conclusiones a la STJUE C-536/13, apdo. 177). Por su parte, en sus conclusiones al caso *Paoletti* el Abogado General Bot concibe el orden público europeo como un núcleo de valores morales y principios fundamentales que ha de prevalecer sobre cualquier norma (Conclusiones a la STJUE C-218/15, apdos. 20-26).

En definitiva, la jurisprudencia del TJUE configura el orden público como un instrumento de conflicto entre el sistema axiológico de los Estados miembros y las exigencias de aplicación uniforme del Derecho de la Unión: el orden público se erige como una cláusula, prevista en diferentes instrumentos normativos comunitarios, que permite a los Estados miembros hacer valer una concepción particular de un valor, de un principio o de un derecho, singular y característica de su ordenamiento jurídico y diferente de la de otros, para evitar la aplicación en tal Estado miembro de una norma de Derecho de la Unión que pudiera lesionar tal concepción axiológica.

Ahora bien, debe advertirse que este orden público no se concreta en un valor, principio o derecho *específico* del Estado y desconocido en otros países —situación poco probable entre los Estados miembros de la Unión—, sino más bien como una cierta *concepción* de tales valores, principios o derechos. Así, por ejemplo, cuando en el caso *Omega* (STJUE C-36/02) las autoridades gubernativas alemanas

prohibieron un juego de matar con láser porque constituía un «peligro para el orden público», la decisión no se basaba sobre el valor «dignidad», sino sobre la particular concepción alemana de la dignidad respecto a la del resto de Europa, y esto fue suficiente para que el TJUE reconociera la primacía del orden público alemán —su particular concepción de la dignidad— sobre la libre circulación de servicios y mercancías —porque los elementos del juego se importaban del Reino Unido, donde era legal—.

En definitiva, no es posible identificar en el Derecho de la Unión una concepción de orden público propio que, análogamente a lo que sucede en los ordenamientos constitucionales estatales, opere como una cláusula de garantía de la dignidad y de centralización de la persona en el ordenamiento jurídico-político.

V. EL ORDEN PÚBLICO DEL CEDH Y LA DIMENSIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO DE LA UNIÓN

La constatación de la inexistencia de un orden público propio de la UE puede conducir a la conclusión de que no cabe la traslación de esta categoría al nivel supranacional europeo de ejercicio de poder por la estricta constricción del concepto al espacio estatal. No obstante, debemos descartar esta hipótesis si atendemos al modelo que representa el sistema de protección de derechos humanos del Consejo de Europa, cuyo órgano judicial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha conformado, a partir del CEDH —al que califica como «instrumento constitucional de orden público europeo» (STEDH *Loizidou c. Turquía*, de 23.03.1995)— y de su sistema de garantía colectiva y obligaciones objetivas, un orden público europeo entendido como síntesis de valores o estándar mínimo de protección de derechos que opera como núcleo axiológico y guía del Tribunal de Estrasburgo y de los órganos judiciales nacionales en torno al criterio de la sociedad democrática y la dignidad humana.

Por ello, aun sin olvidar que, a diferencia de las Comunidades Europeas, el Consejo de Europa se constituyó con el objetivo de promocionar la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos y que, de este modo, la única competencia transferida fue la decisiva para la generación de un orden público (la competencia para garantizar determinados derechos por vía judicial), este sistema puede ser considerado como un modelo de referencia para la conformación de un orden público propio de la Unión.

En efecto, la construcción del TEDH evidencia que la categoría de orden público no queda necesariamente reducida al Estado; se construye a partir de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales; opera como una categoría axiológica autónoma y distinta de los órdenes públicos nacionales; desempeña una función informadora y armonizadora de los ordenamientos jurídicos de los Estados parte del CEDH en torno a la mayor protección de la dignidad humana conforme a una escala de valores homogénea, propia y europea; y, finalmente,

opera como mecanismo de integración política europea sobre la base de la protección jurisprudencial equivalente de unos determinados derechos.

Afirmada la posible existencia, en términos teóricos, de un orden público propio de la UE, las razones que obstaculizan su desarrollo deben rastrearse en los elementos materiales que constituyen el contenido del orden público (valores, principios y derechos); esto es, en la dimensión dogmática del Derecho de la Unión.

En relación con los valores y principios, podemos constatar su proclamación, al menos con carácter formal, en los Tratados, como fines (en particular, art. 2 —que no produce efectos directos pero sí puede guiar la interpretación de las normas— y art. 3.1 TUE), objetivos a promover en la política de acción exterior europea (en particular, arts. 3.5 y 21 TUE) o requisitos para la adhesión a la Unión (art. 49 TUE).

Por su parte, los derechos fundamentales han transitado desde su construcción originaria por la jurisprudencia del TJUE hasta su positivización como principios generales en el Tratado de Maastricht (1992). Tras el Tratado de Lisboa (2007), el art. 6 TUE mantiene en su tercer apartado la proclamación de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la Unión, tanto los que proceden del CEDH como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, y, junto a la previsión de la necesaria adhesión al CEDH (art. 6.2 TUE), consagra a la CDFUE —proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y adaptada el 12 de diciembre de 2007— como la declaración de derechos propia de la Unión, con el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 TUE).

Esta nueva posición de la CDFUE, no obstante, si bien refuerza su función simbólica de integración (que ya desempeñaba con anterioridad a la adquisición de vinculatoriedad jurídica), no ha alterado la arquitectura constitucional de la UE, pues continúa presentando una serie de importantes limitaciones. En primer lugar, la limitación del ámbito de aplicación de la Carta a las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51.1 CDFUE), dejando fuera de este ámbito de aplicación a las posibles violaciones de derechos que se produzcan en el territorio de la UE por actuaciones no vinculadas al Derecho de la UE.

En segundo lugar, la subordinación de los derechos fundamentales a la consecución de los objetivos de interés general de la Unión (art. 52.1 CDFUE), lo que implica que la tutela de los derechos puede ceder en asuntos en que estén implicadas cuestiones referentes al mercado interior y las libertades económicas, contradiciendo así la propia idea de centralidad de los derechos fundamentales y de la dignidad humana en el ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, y destacadamente, la ausencia de una competencia sustantiva o normativa autónoma en materia de derechos fundamentales (arts. 6.1 TUE y 51.2

CDFUE). De este modo, si bien la atribución a la CDFUE del valor jurídico propio del Derecho originario otorga a los derechos contemplados en ella vinculación negativa (los derechos como límites a la acción del poder), la no asunción de una competencia propia al respecto les priva de vinculación positiva (los derechos como obligación de los poderes públicos respecto a su protección y promoción), lo que determina que las instituciones de la Unión no puedan llevar a cabo una actividad normativa de tutela de los derechos.

A estas limitaciones deben añadirse aquellas otras de tipo interpretativo: el sentido y alcance de los derechos de la Carta se condicionan a su configuración e interpretación en otros preceptos de los Tratados (art. 52.2 CDFUE), del CEDH (art. 52.3 CDFUE) o de las tradiciones constitucionales comunes (art. 52.4 CDFUE); los principios de la CDFUE se limitan a informar la actividad legislativa y ejecutiva (art. 52.5 CDFUE); la interpretación de los derechos debe respetar las legislaciones y prácticas nacionales (art. 52.6 CDFUE); en la interpretación de los derechos proclamados en la CDFUE deben tenerse en cuenta las Explicaciones de la Carta (art. 52.7 CDFUE); las disposiciones de la Carta no pueden limitar o lesionar los derechos reconocidos en el Derecho de la Unión, en el Derecho internacional y en las constituciones estatales (art. 53 CDFUE); y, finalmente, la interpretación de dichas disposiciones no puede conducir a una restricción mayor de la prevista (art. 54 CDFUE).

El sistema de derechos fundamentales de la UE presenta también importantes limitaciones en lo que se refiere a los instrumentos de garantía de los derechos, que pueden clasificarse en mecanismos de tutela objetiva y subjetiva. Los «mecanismos de tutela objetiva» se refieren al respeto de los valores y derechos fundamentales como obligación general de los Estados miembros y de la UE. Estos mecanismos, que se fundamentan en el art. 2 TUE y que pueden actuar incluso fuera del ámbito competencial del Derecho de la Unión, presentan un carácter excepcional, circunscrito a vulneraciones sistémicas o generalizadas de los derechos y condicionado a un elevado nivel de consenso político, lo que limita su efectividad. Entre los principales mecanismos de tutela objetiva de los derechos fundamentales destacan los siguientes.

Primero, los mecanismos preventivo y sancionador de defensa de los valores de la UE del art. 7 TUE: el primero (art. 7.1 TUE) permite constatar «la existencia de un riesgo claro de violación grave de los valores contemplados en el art. 2 TUE» y el segundo puede dar lugar a la suspensión de determinados derechos del Estado miembro derivado de los Tratados —entre ellos el derecho de voto en el Consejo (art. 7.3 TUE)— en caso de «violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el art. 2 TUE».

Segundo, el Marco del Estado de Derecho de 2014, surgido como respuesta a la deriva autoritaria de Hungría y que se configura como un mecanismo político que, por la vía del diálogo entre las autoridades europeas y las del Estado miembro implicado, trata precisamente de evitar la activación del art. 7 TUE.

Tercero, el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión –cuya conformidad con los Tratados ha sido confirmada recientemente por el TJUE (SSTJUE C-156/21 y C-157/21)–, que opera en caso de que el presupuesto comunitario pueda verse comprometido por ataques al Estado de Derecho.

Cuarto, el recurso por incumplimiento, que le permite al TJUE apreciar, de una manera general, si el Estado miembro cumple con su obligación, impuesta por los arts. 2 y 6.3 TUE, de respetar los derechos fundamentales, incluidos aquellos que están proclamados en textos diferentes a la CDFUE. Ahora bien, no puede ser objeto de un recurso por incumplimiento una vulneración autónoma de un derecho fundamental de la Carta, aunque sea una vulneración sistémica o genérica. Al contrario, la violación debe estar vinculada a un incumplimiento de una norma de Derecho originario o derivado.

Finalmente, entre estos instrumentos puede incluirse también la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE que, aunque no es en sentido estricto un mecanismo de tutela, opera como una agencia especializada que asesora a las instituciones de la UE y a los Estados miembros en materia de derechos fundamentales.

Por otra parte, el sistema europeo de mecanismos de garantía de los derechos fundamentales incluye también los llamados «mecanismos de tutela subjetiva», que permiten reaccionar ante vulneraciones concretas sufridas por la ciudadanía, y que presentan, asimismo, una serie de limitaciones. Se trata, en primer lugar, del Defensor del Pueblo Europeo, que investiga y actúa contra los casos de mala administración de las instituciones, órganos y organismos de la UE, incluidas las cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales. No obstante, carece de legitimación para recurrir al TJUE y sus resoluciones no producen efectos vinculantes.

Junto a esta garantía institucional encontramos, en segundo lugar, las garantías jurisdiccionales de los derechos, con las que se puede conseguir indirectamente la tutela subjetiva de un derecho fundamental, y en las que, a diferencia del recurso por incumplimiento –en que se controla la actuación de los Estados miembros– se somete a fiscalización la validez de los actos de la Unión. Estos recursos jurisdiccionales pueden ser directos (si la ciudadanía ostenta legitimación activa) e indirectos (si carece de ella), pero en ambos casos sólo pueden activarse cuando la vulneración del derecho fundamental ha estado acompañada de la infracción de una norma de Derecho de la Unión, pues no existe en Derecho de la Unión recurso jurisdiccional alguno que tenga por objeto específico la tutela de los derechos fundamentales de la CDFUE.

Entre los recursos directos se encuentra el recurso de anulación, el recurso por omisión y la excepción de ilegalidad. Mediante el recurso de anulación el TJUE analiza si determinados actos normativos de Derecho derivado incurren

en incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados (y de ahí la tutela de los derechos fundamentales del CDFUE —como derechos subjetivos— o de los arts. 2 y 6.3 TUE —desde su dimensión objetiva—) o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución y la desviación de poder. En el recurso por omisión se reacciona contra un incumplimiento de una obligación de actuación de una institución, órgano u organismo de la Unión que viola una norma de Derecho de la Unión (originario o derivado). En materia de derechos fundamentales podría reclamarse contra una omisión constitutiva de un incumplimiento de una norma europea que, además, redundara en una lesión a un derecho fundamental; por ejemplo, la vulneración del derecho a la igualdad entre sexos derivada de la ausencia de normativa en favor de la igualdad salarial. Finalmente, la excepción de ilegalidad constituye un procedimiento incidental que puede plantearse durante la sustanciación de otro recurso jurisdiccional cuando un acto de alcance general aplicable al caso viola el Derecho de la Unión por los mismos motivos que pueden fundamentar el recurso de anulación —entre ellos, la violación de un derecho fundamental motivada por la infracción también de otra norma de Derecho de la Unión—.

Por su parte, el principal recurso jurisdiccional indirecto viene constituido por la cuestión prejudicial, procedimiento incidental mediante el cual un órgano judicial nacional solicita al TJUE que determine el contenido y alcance de cualquier norma de Derecho originario o derivado (cuestión prejudicial de interpretación) o que determine la validez de las normas de Derecho derivado en relación con los Tratados (cuestión prejudicial de validez), cuando tales normas deben ser aplicadas al concreto caso planteado. La posibilidad de un particular de conseguir la reparación de su derecho fundamental vulnerado se articula a través de la integración de la interpretación efectuada por el TJUE en la sentencia dictada por el juez nacional (único legitimado para interponer la cuestión prejudicial).

Ante este limitado sistema de protección de los derechos, la UE sigue confiando en el papel que desempeña el CEDH, lo que se evidencia en tres realidades. En primer lugar, los derechos del CEDH todavía funcionan como principios generales del Derecho de la UE (art. 6.3 TUE). En efecto, el CEDH operó en los inicios de la Comunidad Económica Europea —desde su primera construcción jurisprudencial y hasta su incorporación al Derecho positivo con el Tratado de Maastricht— como la declaración de derechos a la que ésta debía atenerse, en cuanto era considerada la fuente de los principios generales del Derecho comunitario. En consecuencia, los derechos del CEDH deben inspirar la actuación de los poderes públicos de la Unión y coadyuvar la interpretación de ordenamiento jurídico de la Unión.

En segundo lugar, el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo han mantenido tradicionalmente un diálogo de tipo doctrinal y competencial. Mediante el «diálogo doctrinal» de observancia y aprendizaje mutuo la doctrina sobre los derechos fundamentales elaborada por cada uno de ellos se ha integrado

en la jurisprudencia del otro: el TJUE ha tenido muy presente la doctrina elaborada por el TEDH, y también la jurisprudencia del TJUE ha sido utilizada por el TEDH como complemento o refuerzo a su argumentación.

Por su parte, mediante el «diálogo competencial» ambos tribunales han debido resolver los problemas derivados de sus respectivos ámbitos de competencias. El TJUE ha reafirmado su incompetencia para ejercer un control de compatibilidad de las normas nacionales pertenecientes al ámbito reservado a la apreciación del legislador nacional respecto al CEDH, así como para pronunciarse sobre la relación entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y el CEDH. De igual modo, los órganos de garantía del CEDH rechazaron inicialmente que pudieran controlar la normativa y los actos comunitarios (en base a que las Comunidades Europeas no eran parte del CEDH), para posteriormente establecer el principio de que los Estados eran responsables de sus actos, con independencia de que éstos se debieran al cumplimiento del Derecho interno o de la Unión. Finalmente, ha sentado la doctrina de la protección equivalente o «doctrina Bosphorus»: la protección de los derechos fundamentales por el Derecho comunitario puede considerarse equivalente a la del sistema del CEDH y, por tanto, se presume que los Estados no se apartan del CEDH cuando implementan obligaciones derivadas de su pertenencia a la UE, pero esta presunción puede ser refutada y justificar así la intervención del TEDH.

En tercer lugar, a pesar haber sido rechazada por el TJUE en dos ocasiones, los Tratados de la Unión continúan previendo la adhesión de la UE al sistema del CEDH, que comprende tanto la propia declaración de derechos como la competencia y jurisprudencia del TEDH. El primer rechazo, en el Dictamen 2/94 (1996), se fundamentó en que la Comunidad no tenía competencia para la adhesión, a lo que añadir que el CEDH sólo estaba abierto a los miembros del Consejo de Europa (y éste, sólo a Estados). Como respuesta, se aprobó el Protocolo nº 14 al CEDH (2010), gracias al cual el art. 59 CEDH establece ahora que cabe la adhesión de la UE; asimismo, el Tratado de Lisboa previó explícitamente la adhesión en el art. 6.2 TUE. No obstante, el Dictamen 2/13 (2014) rechazó por segunda vez la adhesión, aduciendo, entre otros motivos, que no respetaba la autonomía y las características específicas del Derecho de la Unión y que podría quebrar el principio de confianza mutua entre los Estados miembros de la UE.

VI. HACIA UN ORDEN PÚBLICO EUROPEO: PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Dado que el orden público se construye a partir de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales —y de la conformación de valores y principios a partir de su dimensión objetiva—, es en este marco donde deben realizarse las reformas necesarias para acometer una profundización en la «dogmatización» de la Unión. En la investigación recogemos dos tipos de propuestas.

Por un lado, aquéllas que no requieren una reforma de los Tratados y que consisten en un cambio de interpretación jurisprudencial, tanto por parte del TJUE como de los tribunales constitucionales nacionales. Se trata, en primer lugar, de la *Reverse Solange* propuesta por von Bogdandy y su equipo del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, que propone el amparo de los arts. 2 TUE (los valores de la Unión) y 20 TFUE (el estatuto de ciudadanía europea) ante violaciones sistémicas de los derechos no cubiertas por el art. 51.1 CDFUE.

En la doctrina *Solange*, formulada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en 1974, recaía una sospecha de violación de derechos por parte de la Comunidad, de modo que, en cuanto no existiera en ella una protección de los derechos fundamentales equiparable a la prestada por la Ley Fundamental de Bonn, la corte constitucional debía ejercer un control sobre la normativa comunitaria, asumiendo como parámetro el catálogo constitucional de derechos, que prevalecería en caso de violación por una norma comunitaria.

La *Reverse Solange*, por el contrario, se fundamenta en un presupuesto distinto al de *Solange*: en el actual estado de la Unión son los Estados miembros los sospechosos de no respetar los derechos de la Carta. En esencia, la teoría establece que, fuera del ámbito de aplicación del art. 51.1 CDFUE, los Estados miembros permanecen autónomos en la protección de los derechos fundamentales en ámbitos en que no apliquen el Derecho de la Unión, pero sólo en cuanto pueda ser presumido que éstos aseguran la esencia de los derechos fundamentales de acuerdo con el art. 2 TUE. Esta esencia incluiría tanto las tradiciones constitucionales comunes como los reconocimientos de derechos en Europa, y debería determinarse inductivamente a través del análisis de la jurisprudencia dictada por los tribunales supremos de los Estados europeos en relación con violaciones de derechos injustificadas. Sin embargo, si se presentara la situación extrema de que una violación llegara a ser considerada como sistémica y fuera lo suficientemente grave como para refutar la presunción anterior, los particulares podrían invocar su condición de ciudadanos de la Unión (art. 20 TFUE) para solicitar su reparación ante los tribunales ordinarios. De este modo, la *Reverse Solange* deja los problemas ordinarios de violaciones de derechos a las instituciones domésticas.

En segundo lugar, la revalorización de los derechos fundamentales puede alcanzarse asimismo a través de la actuación de las cortes constitucionales nacionales. En concreto, se propone como modelo la construcción realizada por el Tribunal Constitucional de Austria en su sentencia de 14 de marzo de 2012, en la que otorgó a los derechos de la Carta la naturaleza de «derechos constitucionales» en el ordenamiento jurídico austríaco. Ello implicaba que los derechos de la CDFUE pasaban a constituir un parámetro de constitucionalidad del Derecho interno cuya garantía correspondía al Tribunal Constitucional, siempre que la actuación enjuiciada estuviera dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión —en los términos del art. 51.1 CDFUE— y que la protección de la CDFUE fuera equivalente a la de la Constitución austríaca.

Las anteriores propuestas pueden contribuir a extender el ámbito de aplicación de la Carta o a concederle un valor superior al previsto por el Derecho de la Unión. No obstante, consideramos que la generación de un orden público propio de la UE requiere de medidas ambiciosas que impliquen necesariamente una reforma de los Tratados, en cuanto deben suponer la articulación de un nuevo paradigma en el sistema de los derechos fundamentales de la Unión.

En este sentido, se propone en primer lugar la atribución a la Unión de una competencia autónoma en materia de derechos fundamentales. La protección y promoción de los derechos habría de incorporarse al art. 4.2 TFUE como una competencia compartida particular, basada en una relación de «mínimo-complemento»: las autoridades europeas estarían facultadas y compelidas a garantizar una mínima protección y promoción común de los derechos en toda la Unión a partir de la cual fuera posible una acción de complemento, mejora o particularización por cada Estado miembro. Esto sin perjuicio de que la tutela de los derechos deba también configurarse como una finalidad en sí misma de la Unión que impregne el completo articulado de los Tratados. Con ello se pretende que los derechos en la Unión no sólo mantengan su actual vinculación negativa —los derechos como límites a la acción de los poderes públicos—, sino que también asuman una vinculación positiva —su protección y promoción como obligaciones de los poderes públicos—.

En segundo lugar, se propone la creación de un recurso jurisdiccional específico de amparo de los derechos de la CDFUE, que habría de diseñarse a partir de las configuraciones constitucionales de los recursos de amparo nacionales y de las demandas individuales ante el TEDH. Se trataría de un recurso subsidiario de los sistemas nacionales de protección de los derechos, cuya legitimación activa correspondería a las personas físicas y jurídicas y al Defensor del Pueblo Europeo y que debería ser conocido por un TJUE (o una sala específica en él) que quedaría reforzado de esta manera en su configuración como un Tribunal Constitucional de la Unión, pues se sumaría a la otra función clásica de las cortes constitucionales que ya desempeña: el control de la conformidad de la legalidad ordinaria con los Tratados.

Con estas reformas, si bien ya no sería necesaria la adhesión de la UE al CEDH, pues ya existiría un sistema completo de tutela de los derechos, coherente con la autonomía y las características específicas del Derecho de la Unión, la adhesión permitiría añadir un control externo subsidiario que contribuiría a reforzar y fortalecer los derechos fundamentales desde su dimensión subjetiva.

En definitiva, consideramos que la adquisición de vinculación positiva por los derechos fundamentales, derivada de la atribución a la Unión de una competencia propia al respecto, y la jurisprudencia del TJUE formulada a partir de un nuevo recurso de amparo europeo, permitiría sentar las bases para la configuración de un sistema de valores propio de la Unión, de un orden público europeo que habría de articular su ordenamiento jurídico en torno a la máxima

centralidad de la igual dignidad humana y contribuir, de este modo, a la conformación una UE constitucional.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

El orden público como eje de análisis de la dimensión dogmático-axiológica de todo ordenamiento constitucional permite una nueva perspectiva o método de abordaje a la complejidad de la UE. La todavía vigente articulación del Derecho de la UE en torno al objetivo primigenio del desarrollo del mercado común europeo —la lógica económica como motor del proyecto comunitario— dificulta su consideración como un ordenamiento constitucional pleno, en el que la persona y sus derechos fundamentales constituyan su razón de ser. La ausencia de dimensión dogmática impide la afirmación de una constitución europea, dando lugar a un déficit constitucional al que, más que a un genérico e indeterminado déficit democrático, debe imputarse la débil legitimidad democrática de la Unión.

La propuesta de un orden público europeo pretende dotar al ordenamiento jurídico de la Unión de un *sentido constitucional*, de una razón de ser articulada en torno a la dignidad humana como núcleo dogmático del Derecho y de la política. Si bien el principal destinatario de la propuesta es la doctrina académica —como reivindicación del espacio constitucional europeo y, en concreto, su dimensión dogmática como objeto de estudio—, la construcción de un orden público propio de la UE no debe quedar reducida a una labor de conceptualización doctrinal en torno a la idealización de un estándar común de derechos, el examen del diálogo entre tribunales o la simple identificación de los valores políticos y culturales compartidos por los Estados miembros.

Por el contrario, el orden público europeo debe ser el resultado de una política normativa que resitúe a la persona en el eje del ordenamiento jurídico de la Unión. La UE debe aspirar a convertirse en una comunidad política, de valores y derechos, en la que la motivación de sus decisiones no se encuentre en el mayor beneficio de los Estados o del mercado sino en el interés de las personas. Para ello es necesaria una reforma profunda de la arquitectura constitucional de la Unión, más ambiciosa incluso que la que resulta del informe sobre el resultado final de la Conferencia sobre el Futuro de Europa (2022). Debe reconsiderarse la posición que ocupan los derechos fundamentales en la UE, lo que incluye desde la posible atribución de competencias normativas a la Unión en la materia hasta la conversión del TJUE en el máximo garante de los derechos fundamentales en el espacio europeo. Sólo es posible sentirse miembro de una comunidad cuando esta comunidad vela por nuestros derechos: esta función de adherencia que generan los derechos fundamentales puede convertirse en un medio para alcanzar la definitiva integración constitucional de la UE.

Luces y sombras del recurso de amparo constitucional

Ana
López
Navío

Doctora por la Universidad de Jaén

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Recurso de amparo e incidente de nulidad de actuaciones
- III. Recurso de amparo y especial trascendencia constitucional
- IV. Conclusiones
- V. Perspectivas de futuro

NOTA BIOGRÁFICA:

Ana López Navío es Licenciada en Derecho por la Universidad de Jaén con Premio Extraordinario (2013), Máster Oficial en Ciencias Jurídicas (especialidad en Derecho Público) con Premio Extraordinario y cuarto premio al mejor Trabajo fin de Máster de la Universidad de Jaén (2014), Experta Universitaria en Justicia Penal Juvenil (2014) y Doctora en Derecho *cum laude* por la misma Universidad (2021). Beneficiaria de una beca de colaboración en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Jaén (curso 2012-2013). Posteriormente, beneficiaria de una beca de formación de personal docente e investigador de la Universidad de Jaén con cargo al Plan de Apoyo a la Investigación, Desarrollo Tecnológico e Innovación (2014 - 2018). Desde el curso 2018-2019 hasta la actualidad desempeña el puesto de profesora sustituta interina a tiempo completo en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Jaén.

I. INTRODUCCIÓN*1. Unas breves pinceladas personales*

Comenzaré esta introducción contextualizando cómo llegué a embarcarme en la apasionante –y también valiente– decisión de realizar una tesis doctoral. Siempre es bonito contar a otras personas nuestra “historia de vida” y, aunque en este caso me ceñiré al ámbito estrictamente profesional, siempre hay una parte personal, a veces incluso emocional, que nos guía en la toma de todas nuestras decisiones vitales, como es el caso de escoger una profesión.

En mi caso, todo comenzó en julio de 2009, época en la que decidí matricularme en la, por entonces, Licenciatura en Derecho. Siempre digo orgullosamente que fui la última promoción de la licenciatura, ya que me considero realmente afortunada de pertenecer a ella. La elección de mi carrera no fue sencilla, especialmente porque la vocación docente siempre ha estado presente en mí y, a la vista está, que nunca la he querido dejar de lado.

Fue justo en el primer curso, recibiendo la por entonces denominada asignatura Derecho Constitucional I, cuando me di cuenta de dos cosas; la primera, que me parecía una materia realmente útil e interesante y, la segunda y quizás la más importante, que acababa de descubrir mi verdadera vocación, el mundo universitario y, por ende, quería pertenecer a él. Todo ello marcó un punto de inflexión en mi vida pues, desde ese momento, nunca perdí de vista mi objetivo y pasión. Teniendo en cuenta esta decisión, durante el resto de mi carrera siempre intenté dar lo máximo de mí misma, pues tenía siempre presente el objetivo de poder conseguir una beca de formación de personal docente y universitario y realizar el doctorado. Por aquel entonces recibí esas primeras e imprescindibles nociones de lo que en un futuro sería el núcleo de mi tesis, las garantías de los derechos fundamentales y, más concretamente, el recurso de amparo constitucional. Cabe destacar que, en ese primer curso 2009-2010, la STC 155/2009 punto de partida imprescindible si pretendemos hablar de especial trascendencia constitucional, acababa de ver la luz, lo cual sembró una semilla de gran interés y curiosidad en mí hacia este tema.

En el último año de mis estudios de licenciatura obtuve una beca de colaboración en el área de Derecho Constitucional, hecho que me permitió tener una primera toma de contacto con el mundo universitario y conocer de forma más cercana a los que posteriormente serían mis directores de tesis, el profesor Lozano Miralles y la profesora Carazo Liébana que, ya desde ese momento, comenzaron a guiarme en mi camino.

En octubre de 2013 comencé el Máster Universitario Oficial en Ciencias Jurídicas, ofertado por primera vez en la Universidad de Jaén. Este Máster me permitió especializarme en Derecho Público, profundizando mis conocimientos en esta materia mucho más allá de lo estudiando en la Licenciatura, asimismo, tomé contacto de forma más directa con el ámbito de la investigación, afianzándose así mi interés en ella. Fue precisamente en una de las clases de este Máster donde se nos habló en profundidad sobre la especial trascendencia constitucional en el recurso de amparo, lo que me impulsó a realizar mi Trabajo Fin de Máster sobre este tema. Este trabajo terminaría siendo el principio de la tesis doctoral que comencé durante el siguiente curso académico.

En octubre de 2014 comencé mis estudios de Doctorado. Pocos meses antes tuve la feliz noticia de haber sido beneficiaria de una beca predoctoral, cumpliendo así el que había sido mi sueño desde el primer año de licenciatura. Me permito hacer aquí un breve inciso para mencionar, pues lo considero realmente necesario, la situación que vivía la Universidad en aquella época y que aún persiste hoy día.

Desde que comencé mis estudios universitarios en el 2009, la nube negra de la crisis económica que azotaba España y el mundo entero siempre estuvo muy presente en mi generación. Ese miedo constante a la incertidumbre del futuro, la sensación de que estábamos esforzándonos en la obtención de un título universitario para optar a una profesión que no sabíamos si llegaríamos

a ejercer, la sombra de aquellos compañeros que nos precedían y que veíamos que coleccionaban un título tras otro sin llegar nunca a trabajar en aquellos que tanto ansiaban. Mi caso no fue distinto. A la par que soñaba con dedicarme a la vida académica, me azotaba constantemente el miedo a que ese momento nunca llegaría. Fueron muchos los que me dijeron que nos encontrábamos en un momento especialmente difícil para pretender ser profesora en la Universidad y que era muy probable que, después de hacer el doctorado, no lograra encontrar un hueco. Siempre agradeceré estas palabras pues, aunque duras, me mantuvieron con los pies en el suelo y me hicieron valorar con más fuerza cada paso que lograba dar, y aún sigo haciéndolo ya que este camino es una batalla constante. A pesar de la dura época, opté por hacer aquello que quería, siendo consciente de lo incierto de mi futuro, y no me arrepiento en absoluto de mi decisión ya que, si por algo hay que luchar, es por hacer lo que uno quiere en la vida. Fui muy afortunada, pues obtuve una beca de formación de personal docente e investigador en un momento realmente difícil y conté, además, con un Maestro que me guió (y aún lo sigue haciendo) en este duro camino. Siempre recordaré que, durante mucho tiempo, fue la única becaria en mi Departamento y casi en toda la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, lo cual denota el momento que vivía la Universidad y que, lamentablemente, aún perdura.

Comencé pues mis estudios de Doctorado con la idea de trabajar el tema del recurso de amparo constitucional y la concreción de la figura de la especial trascendencia constitucional. Me pareció un tema apasionante y de necesario estudio ya que la especial trascendencia constitucional era un concepto muy abstracto e indeterminado que requería de un estudio en profundidad, pues no estaba asentado su significado ni en la doctrina ni en la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional.

2. Contexto histórico

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modificó la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, cualquier ciudadano al que se le lesionaba un derecho fundamental, y siempre que hubiera agotado todos los recursos judiciales susceptibles de plantear, tenía como última opción el recurso de amparo. El Tribunal Constitucional se constituyó de esta forma como “última instancia” para reclamar las lesiones de los derechos fundamentales. Esta situación condujo a la saturación del Tribunal Constitucional con procesos que podían tardar hasta 10 años desde su admisión a trámite hasta su resolución. La reforma era una necesidad urgente.

La jurisdicción constitucional arranca de las previsiones constitucionales del título IX y la configuración legal encomendada al legislador orgánico constituye un elemento relevante que tuvo su primera expresión en la LO 2/1979, de 3 de octubre. Esta norma ha constituido el instrumento indispensable para la realización de las tareas a cargo del Tribunal Constitucional y los procedimientos en ella previstos han arraigado en la vida y la conciencia jurídica españolas.

La amplia experiencia en su aplicación se refleja en el gran número de casos planteados y resueltos –en constante incremento hasta alcanzar en el año 2004 el número de 7.951 asuntos ingresados y 7.823 resoluciones dictadas– y también ha dado lugar a varias reformas legislativas (LO 8/1984, de 26 de diciembre; LO 4/1985, de 7 de junio; LO 6/1988, de 9 de junio; LO 7/1999, de 21 de abril; LO 1/2000, de 7 de enero). Sin embargo, las mencionadas modificaciones no habían llevado a cabo hasta el momento una reforma que afrontase de manera conjunta las dificultades de funcionamiento del Tribunal Constitucional, que es el objetivo de la LO 6/2007, de 24 de mayo.

La reforma operada en 2007 incidió principalmente en dos figuras con el objeto de solventar los problemas que venía arrastrando el Alto Tribunal desde hacía años, el recurso de amparo y el incidente de nulidad de actuaciones.

Por una parte, se pretendió cambiar el papel que juegan los jueces de la jurisdicción ordinaria en la tarea de tutela de los derechos fundamentales remarcando ese protagonismo que nunca debieron perder. Así pues, se abrió un abanico de posibilidades en torno a los justiciables sobre la mejor manera de tutelar estos derechos y los mecanismos existentes para ello, como el incidente de nulidad de actuaciones, reformado para este fin. La intencionalidad no fue otra que la de reafirmar que los intereses subjetivos de los ciudadanos debían ser protegidos fundamentalmente por los tribunales ordinarios y no por el TC. Éste atenderá esencialmente a aquellos casos novedosos que exijan un pronunciamiento de este Tribunal.

Asimismo, se estableció una nueva configuración del recurso de amparo constitucional, caracterizada principalmente por el endurecimiento del trámite de admisión de las demandas. La novedad más significativa fue la introducción de un nuevo requisito para la admisión de las demandas de amparo: la especial trascendencia constitucional.

Desde este momento, para que el recurso de amparo fuese admitido a trámite, no sólo tenía que cumplir los requisitos procesales que se exigían en los arts. 41 a 46 y 49 de la LOTC, sino que además debía alegar la lesión de uno o varios derechos fundamentales para así justificar una decisión sobre el fondo del asunto por parte del Tribunal Constitucional, en razón de su especial trascendencia constitucional, como así lo estableció la nueva redacción del art. 50.1 LOTC. Ésta sería apreciada de acuerdo a una serie de criterios: atendiendo a la importancia que la decisión tenga para la interpretación de la Constitución; para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

De este modo, sólo serían admitidas aquellas demandas de amparo que, en base a esa especial trascendencia constitucional, resultaran de gran interés para el Tribunal Constitucional y, por tanto, viera conveniente su resolución. Esta reforma dio lugar a un nuevo sistema en el que debía ser el demandante el que alegase

y acreditase que su recurso poseía una especial trascendencia constitucional que justificase su admisión y resolución por parte del Tribunal, hecho destacable teniendo en cuenta la anterior regulación de causas de inadmisión tasadas, centradas principalmente en la acreditación de la existencia de la vulneración de un derecho fundamental o libertad pública.

Con la introducción de este requisito, el recurso de amparo sufrió un gran cambio que afectó a su naturaleza y funcionalidad. Esto dio lugar a numerosos debates por parte de la doctrina constitucionalista –e incluso procesalista– acerca de la posible objetivación del recurso, así como del alcance y límites de su nuevo trámite de admisión, llegándose a plantear hasta la posible inconstitucionalidad de la reforma.

La justificación de la especial trascendencia constitucional creó numerosos problemas, principalmente por la indeterminación del concepto. Ello dio lugar a un enorme número de demandas rechazadas por no justificar adecuadamente el requisito e, incluso, no incluir dicha justificación. Debido a esto, dos años más tarde, el Tribunal dictó la sentencia 155/2009. En ella se intentó dar luz a este abstracto concepto enumerando una serie de supuestos en los que el Alto Tribunal consideraba que existía esta especial trascendencia constitucional. No obstante, esto fue insuficiente.

Quedaban, por tanto, varios interrogantes que no habían sido solventados y que habían dado lugar a una jurisprudencia titubeante que provocaba una gran inseguridad jurídica.

3. *Objetivos y estructura de la tesis*

La tesis doctoral abordó la evolución y situación actual del recurso de amparo, así como la problemática que, aún a día de hoy, la reforma operada por la LO 6/2007, sigue presentando este recurso.

Así pues, los objetivos que perseguimos fueron los siguientes:

1. Analizar los antecedentes históricos de la reforma, centrándonos principalmente en las propuestas que se hicieron para la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para así concluir si la propuesta elegida fue la más adecuada atendiendo a las necesidades del momento.
2. Estudiar la configuración del recurso de amparo, haciendo especial hincapié en su trámite de admisión, con el objeto de comprender el cambio que supuso la introducción del requisito de la especial trascendencia constitucional.
3. Averiguar si el recurso de amparo fue objetivado con la reforma y, en su caso, las consecuencias que dicha objetivación ha supuesto.
4. Indagar acerca de la reforma realizada al incidente de nulidad de actuaciones y lo que ésta ha supuesto para la protección de los derechos fundamentales

en la jurisdicción ordinaria. De este modo, apreciaremos si se han cumplido los objetivos que se persiguieron con dicha modificación y, en su caso, analizaremos cuáles han sido los errores cometidos que han impedido esta consecución. Igualmente, plantear posibles mejoras que harían de esta figura un instrumento más efectivo para la salvaguardia de estos derechos.

5. Examinar la relación entre el incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo con el objeto de elaborar una efectiva estrategia procesal que permita proteger los derechos fundamentales con el adecuado uso de ambas figuras.
6. Analizar las respuestas que ha ido dando el Tribunal Constitucional a lo largo de los años para definir el concepto de la especial trascendencia constitucional. De este modo, concretar el alcance, significado y contenido jurídico de esta figura, así como cuáles son las obligaciones impuestas al demandante en orden a su cumplimentación. Asimismo, investigar en torno a la apreciación y vinculación del propio TC a este requisito.
7. Estudiar la evolución de la jurisprudencia del TC tras la STC 155/2009 para concretar el significado y la funcionalidad de los supuestos enumerados en dicha sentencia. De este modo, arrojarémos luz sobre el significado de la especial trascendencia constitucional.
8. Valorar, atendiendo a las cifras y teniendo en cuenta los años transcurridos desde la reforma, si las medidas tomadas en la LO 6/2007 fueron acertadas y consiguieron los objetivos perseguidos.
9. Analizar los aciertos y errores de la reforma para poder establecer una propuesta de mejora que establezca medidas más efectivas para la protección de los derechos fundamentales y la funcionalidad del TC.
10. Determinar cuál podría ser el futuro del recurso de amparo constitucional y del incidente de nulidad de actuaciones y las posibles medidas que podrían tomarse para hacerlos más funcionales y efectivos.

En lo referente a la organización de los contenidos, estructuramos el trabajo en cuatro capítulos:

En el primero de ellos tratamos los antecedentes históricos del Tribunal Constitucional, centrándonos principalmente en la crisis funcional de la institución los años previos a la reforma.

En el segundo capítulo abordamos el contenido de la LO 6/2007 y la nueva regulación que ésta le dio al recurso de amparo. Prestamos especial atención a la problemática acaecida a raíz de la entrada en vigor de la Ley. Uno de los puntos clave a tratar fue la objetivación del recurso de amparo ya que, tras la reforma, dejó de tener valor la gravedad de la lesión para admitir a trámite el recurso pues, pese a que ésta deberá demostrarse, no sería la que determine la relevancia del recurso para ser admitido pues esto lo haría la especial trascendencia constitucional.

En el tercer capítulo analizamos el incidente de nulidad de actuaciones. Nos centramos en los cambios que introdujo la reforma de 2007 en esta figura y los objetivos que con ello se perseguían. De este modo, planteamos las deficiencias de esta nueva regulación y expusimos algunos cambios que consideramos que mejorarían esta figura.

En el cuarto y último capítulo tratamos la especial trascendencia constitucional. Intentamos dar luz a este concepto tan abstracto e indeterminado analizando cómo nuestro TC ha ido interpretando este a lo largo de los años desde su introducción. Dedicamos especial atención a la STC 155/2009, de 25 de junio, en la que el Tribunal, por vez primera, definió qué debía entenderse por especial trascendencia constitucional, así como en qué casos podríamos entender que ésta concurría. A raíz de esta Sentencia, nuestro trabajo consistió en el análisis de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal en la interpretación de este requisito, así como en el estudio de los casos en los que se ha admitido a trámite las demandas de amparo debido a una correcta justificación de este requisito y los casos en los que, por el contrario, no lo ha hecho y por qué. Una vez efectuado este análisis, cabe plantearse los problemas actuales que esta nueva regulación del recurso de amparo plantea. Finalizamos, por tanto, haciendo mención a aquellas cuestiones que aún quedan por resolver e intentando plantear posibles soluciones.

II. RECURSO DE AMPARO E INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

1. *Las pretensiones de mejora de la reforma de la LO 6/2007, de 24 de mayo*

La subsidiariedad del recurso de amparo viene establecida por la LOTC y la propia CE. Por ello, es necesario el agotamiento de «la vía judicial procedente», cuando se recurre en amparo frente a actos de la Administración o del Gobierno (art. 43 LOTC) o, en su caso, que «se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial» cuando el recurso de amparo pretenda interponerse frente a violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial (art. 44.1 a).

En el segundo supuesto, recurso de amparo frente a resoluciones judiciales, la jurisprudencia constitucional ha interpretado de forma rigurosa la exigencia del agotamiento de la vía judicial previa. Se han incluido dentro de los medios de impugnación necesarios algunos que, no siendo recursos en sentido estricto, han sido considerados adecuados para la reparación de la lesión del derecho fundamental, tal es el caso de la revisión de sentencias o el incidente de nulidad de actuaciones.

Esta interpretación del Alto Tribunal se vio cristalizada en la LO 6/2007, de 24 de mayo, pues en ella se amplió el ámbito de aplicación del incidente de nulidad

de actuaciones al admitir la invocación en él de cualquier derecho fundamental recurrible en amparo.

Posteriormente, la STC 155/2009, de 25 de junio, interrelacionó el recurso de amparo con el nuevo incidente de nulidad de actuaciones, perfilando los respectivos papeles a distribuir entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional.

Sin perjuicio de que el recurso de amparo siguiera siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales, lo que hizo el legislador fue configurar un sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendando a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria el papel de naturales y primeros garantes de dichos derechos, a los que confirió un mayor protagonismo en su protección con la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones. Pero no sólo esto, con la nueva regulación del incidente, además de subrayar esta posición de la jurisdicción ordinaria como garante principal, se permite a los Jueces y Tribunales la posibilidad de rectificar su posición en aquellos supuestos en los que presuntamente han vulnerado un derecho fundamental. Por tanto, podemos apreciar una doble mejora (en principio) para la jurisdicción ordinaria: el fortalecimiento de la posición de los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria como principales garantes de los derechos y la posibilidad de rectificación en caso de error sin necesidad de acudir al amparo constitucional. De este modo, se remarcó el carácter extraordinario y subsidiario del TC con la nueva regulación del recurso de amparo otorgando al TC el papel de garante último y máximo intérprete de la CE.

2. Problemática en torno a su interposición

Debemos precisar que el art. 44 LOTC, al exigir que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial, incluye tanto los recursos como el incidente de nulidad de actuaciones.

El incidente de nulidad se configura como un requisito procesal de necesario agotamiento previo, basándose para esto en la subsidiariedad del amparo, más aún desde la reforma de 2007 (STC 62/2008, de 26 de mayo). No cabría duda, por tanto, de la necesidad de acudir al incidente de nulidad de actuaciones para agotar la vía judicial previa en los casos en que la lesión del derecho se impute a la última de las resoluciones judiciales frente a la que no quepa recurso alguno (STC 89/2011, de 6 de junio).

Por otra parte, debemos tener presente que la interposición de un recurso manifiestamente improcedente suspende el plazo legalmente establecido para acudir en amparo ante el TC (SSTC 30/1982, de 1 junio; 50/1984, de 5 abril, 210/1994, de 11 julio). Por ello, la presentación no justificada de un incidente de nulidad podría frustrar la posible reparación en sede constitucional del derecho fundamental lesionado, ya que el inexigido planteamiento convertiría al incidente en un recurso improcedente, y, por ende, en un modo de alargamiento artificial de la vía judicial,

que no impediría el inicio del cómputo del plazo para interponer el recurso de amparo, y que por tanto abocaría a la desestimación de éste por extemporaneidad. Es decir, la interposición de recursos manifiestamente improcedentes determinará la extemporaneidad del recurso de amparo debido, principalmente, al entendimiento de la interposición de éstos con un ánimo dilatorio.

La cuestión que se nos plantea versa sobre cuándo constituirá el incidente de nulidad de actuaciones vía previa al recurso de amparo y cuándo no lo será. Tras la reforma, el recurrente podía verse ante la

En base a ello, si no interponemos previamente el incidente de nulidad de actuaciones, nuestro recurso de amparo podría ser inadmitido por no haber agotado toda la vía judicial previa, como impone el citado artículo 44.1 a) de la LOTC; y, a su vez, si interponemos el incidente de nulidad de actuaciones pero éste no resultaba necesario o procedente, el recurso de amparo sería extemporáneo debido a que habría transcurrido el plazo de 30 días previsto en el también citado artículo 44.2 de la LOTC, por lo que éste sería inadmitido.

De la doctrina constitucional (SSTC 199/2012 y 99/2009) se desprende que solamente será necesario plantear previamente el incidente de nulidad de actuaciones cuando los órganos judiciales no hayan tenido oportunidad alguna previa de examinar la vulneración que constituye el motivo de nulidad de actuaciones. En otro caso, habrá de interponerse directamente recurso de amparo. Hecho que llama la atención si tenemos en cuenta el propósito de la reforma del art. 241.1 LOPJ que no era otro que el reforzamiento del carácter subsidiario del amparo con el fin, «otorgar a los Tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico».

Por último, cabe cuestionarse la posibilidad de simultanear el incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo, técnica que en ocasiones han intentado los recurrentes ante la problemática que presentan los plazos de ambos recursos.

La doctrina del TC al respecto es la de inadmitir los recursos de amparo interpuestos de forma simultánea al incidente de nulidad, imputando como causa de inadmisión la falta de agotamiento de la vía judicial previa. Esta interpretación del TC sería muy acertada a nuestro parecer dado que el recurso de amparo es “subsidiario” y no “alternativo”. Nuestro Alto Tribunal considera para estos casos que el recurso de amparo sería inadmisibles por prematuro, sin posibilidad de subsanación.

Sin embargo, destacar que distinto sería el caso de que se inadmitiese el originario recurso de amparo por esta circunstancia y, posteriormente, se dictase resolución en el incidente de nulidad de actuaciones. En este caso, sería posible ahora reiterar un segundo recurso de amparo frente a esta última resolución. En este sentido, la STC 51/2010, de 4 de octubre, FJ 2. No podrían considerarse este tipo de amparos como extemporáneos por dilaciones indebidas al alargar

artificialmente la vía judicial previa pues, independientemente del carácter prematuro del primer recurso de amparo ya inadmitido de manera correcta, en este segundo recurso se habría producido un correcto agotamiento de la vía judicial previa mediante la adecuada interposición de un incidente de nulidad de actuaciones fundamentado en la incongruencia del fallo.

III. RECURSO DE AMPARO Y ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL

La reforma del recurso de amparo destacó principalmente por la introducción de una nueva configuración del trámite de admisión. Este cambio radicó en transformar el anterior sistema de «inadmisión» por un nuevo sistema de «admisión», de forma que ahora será el recurrente el que alegue y acredite que el recurso cumple con los presupuestos procesales de admisibilidad y que, en especial, su contenido justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su «especial trascendencia constitucional».

El segundo aspecto a destacar es la objetivación del recurso. Cabe destacar que, desde las primeras sentencias de nuestro TC, el recurso de amparo había sido constitucionalmente, un recurso subjetivo, cuya naturaleza no podía ser alterada por el legislador ordinario. Su labor principal era proteger los derechos fundamentales. Sin embargo, tras la reforma y, especialmente, desde el ATC 29/2011, la consideración del recurso ha pasado a ser la de un instrumento de defensa de la constitución y no la de un instrumento procesal de defensa del particular, pasando por tanto su naturaleza a ser exclusivamente objetiva.

No obstante, y sin restar importancia a lo anteriormente citado, consideramos que el problema de fondo versa sobre qué se debe entender por ‘especial trascendencia constitucional’ (art. 49.1 CE) y el conocimiento de los criterios establecidos para su determinación (art. 50.1.b LOTC).

Atendiendo al contenido de la LO 6/2007, se apreció un amplio margen decisorio del TC para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional. Teniendo en cuenta esto, consideramos realmente necesario por parte de éste la concreción de unos determinados casos en los que concurriese esa especial trascendencia constitucional.

Ante esta necesidad, el TC estableció en la STC 155/2009, concretamente en el FJ 2, una serie de casos en los que consideraba que debía apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional. Destacar, además, que en este mismo fundamento jurídico, el propio TC aludió «el carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de «especial trascendencia constitucional», como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación». Por tanto, el propio Tribunal era plenamente consciente de que nos encontrábamos ante un

concepto jurídico indeterminado que era absolutamente necesario concretar en pro de la seguridad jurídica de nuestro sistema constitucional.

Lo primero que debemos apuntar es que estos casos no constituyen un elenco cerrado, sino que, por el contrario, el TC destacó que pueden incluirse atendiendo a las circunstancias concretas otros supuestos diferentes. Se dejó así una puerta abierta a la inclusión de otros supuestos de especial trascendencia constitucional atendiendo a la valoración del TC de cada caso concreto.

Destacar que, con posterioridad, en la STC 2/2013, de 14 de enero, FJ 3, el Tribunal justificó este hecho explicando que «en el bien entendido de que esa enumeración no ha de ser considerada como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a ello se opone el carácter dinámico del ejercicio de la jurisdicción constitucional, en cuyo desempeño no puede descartarse, a partir de la casuística que se presente, la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido».

Consideramos que, si bien es cierto que el carácter abierto del elenco de casos sigue dejando gran indeterminación respecto al concepto de especial trascendencia constitucional, entendemos el sentido de ello ya que, como manifestó el TC, es difícil mantener una enumeración totalmente blindada de supuestos teniendo en cuenta este carácter dinámico y de continua evolución de la jurisdicción constitucional y, no solo eso, sino también la propia evolución y avance de la sociedad.

1. Existencia de cuestión nueva (apartado “a” del listado)

El primero de los supuestos enunciados por el TC hace referencia a casos en los que se plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del TC.

Se trataría de un supuesto, en principio, bastante claro ya que estaríamos hablando de casos en los que se plantean cuestiones que no han sido resueltas por nuestro TC o que no estarían lo suficientemente desarrolladas por su jurisprudencia. Debemos precisar que la novedad no se refiere al supuesto fáctico sino al contenido del derecho fundamental invocado y sobre el cual no hubiera aún doctrina constitucional. Un ejemplo de esto sería el supuesto ya enunciado en la STC 70/2009.

Indica el TC que esta nueva cuestión puede versar sobre dos aspectos distintos del derecho fundamental: o bien sobre un “problema” de éste o bien sobre “una nueva faceta” del derecho fundamental. El primer aspecto se referiría a cambios o añadidos que puedan añadirse sobre la naturaleza de un derecho que ya hubiese sido previamente definido, su titularidad, contenido ejercicio, etc. Así como la identificación de nuevos casos que muestran la lesión de este derecho pero

que hasta ahora no habían sido considerados como tales en la jurisprudencia. Respecto al segundo aspecto, la faceta de un derecho fundamental, parece referirse más a una manifestación o expresión del derecho inédita o a su proyección sobre determinados tipos de resoluciones judiciales para los que no exista aún doctrina del TC.

2. Aclaración o cambio de la doctrina constitucional (apartado “b” del listado)

Este segundo supuesto atendería a aquellos casos en los que la resolución del recurso diera ocasión al Tribunal a aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el artículo 10.2.

En este caso, la importancia no radicaría en la novedad del supuesto en cuestión, sino en la evolución de un derecho. Este cambio en la doctrina del TC podría deberse a diversos motivos que el propio Tribunal menciona en la Sentencia:

- Una evolución interna en la doctrina del TC que es el supuesto más genérico y abierto y que deja actuar al TC en su labor interpretativa en materia de amparo.
- La aparición de nuevas realidades sociales.
- Cambios normativos
- Las pautas marcadas básicamente en materia de derechos por el TEDH.

En el caso de la propia STC 155/2009, el TC cambió su doctrina sobre el principio acusatorio en el punto relativo a la vinculación del juez con la concreta petición de la pena de las acusaciones.

3. Inconstitucionalidad de la norma en la que se basa el acto impugnado, (apartado “c” del listado)

Este tercer motivo abarcaría un supuesto propio o prototípico, y otro impropio o de interpretación extensiva. El primero sería el que se derivase de la lectura literal del apartado al que se refiera la disposición general que se utilice como base del acto impugnado en amparo. En este caso, ese mismo apartado o disposición resultaría inconstitucional por vulnerar un derecho fundamental, de manera que la autoridad lo que habría hecho es limitarse a aplicar la norma, contagiando así su inconstitucionalidad al acto concreto. Por su parte, el supuesto impropio o de interpretación extensiva, podría consistir en la hipótesis de que el Tribunal haya declarado inconstitucional una norma general y un órgano judicial *a posteriori*, por desconocimiento de ello, resolviéndose una controversia con arreglo a la norma ya jurídicamente inexistente.

4. *Interpretación jurisprudencial reiterada de la ley que el TC considere lesiva del derecho fundamental (apartado “d” del listado)*

En los casos en que la vulneración del derecho fundamental tenga su causa en una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el TC considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución.

Destacar que nos referiríamos a una interpretación de uno o más tribunales ordinarios, respecto de uno o más preceptos legales, lesiva de derechos fundamentales, y donde *in casum* no exista aún jurisprudencia constitucional ya que, precisamente, ésta va a crearse para corregir este problema.

Cabe destacar que en el tercer caso o letra c) la lesión del derecho nacería de la propia Ley que sería la que estaría vulnerando uno o varios derechos fundamentales, mientras que el cuarto supuesto o letra d) nacería de la interpretación que se está haciendo de manera reiterada de la Ley.

Por tanto, aquí sería fundamental la idea de reiteración, ya que es lo que cualifica la especial trascendencia.

5. *Incumplimiento general y reiterado de la doctrina del TC por la jurisdicción ordinaria (apartado “e” del listado)*

Cuando la doctrina constitucional sí existe, sin embargo, se está haciendo un mal uso de ella ya sea por directo incumplimiento, existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros.

Es algo “desconcertante” en un Estado de Derecho debido a que se basa en que el poder judicial, globalmente como tal, no respete el artículo 1.1 de la LOTC. Este artículo dispone que el TC es el intérprete supremo de la CE, por lo tanto, debería ser lógico que el poder judicial atienda y respete este artículo. Además, el artículo 5 de la LOPJ indica que «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

6. *Negativa manifiesta al deber de acatamiento de la jurisprudencia constitucional (apartado “f” del listado)*

Se refiere al supuesto en que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del TC ex artículo 5 LOPJ.

Este supuesto es bastante similar al anterior. Se distinguiría de éste básicamente en dos aspectos: el primero, en la no exigencia de la reiteración, de modo que una sola resolución judicial podría ser susceptible de evidenciar la conducta necesitada de correctivo por parte del TC. Y el segundo elemento distintivo sería la aparición de lo que podría considerarse como una postura de oposición activa o rebeldía del órgano responsable, en infracción de lo dispuesto en el ya citado artículo 5.1 LOPJ.

7. Relevancia social, económica y política del asunto controvertido (apartado “g” del listado)

Este último supuesto que enuncia la Sentencia puede ser considerado como una especie de “cajón de sastre” ya que, además de contener diversos supuestos muchos de ellos son tremendamente indeterminados. Por tanto, el TC estaría intentando definir un concepto jurídico indeterminado como lo es la especial trascendencia constitucional con otros conceptos que también lo son. Así, estaríamos definiendo la especial trascendencia constitucional como una cuestión jurídica de «relevante y general repercusión social o económica» o que tenga «consecuencias políticas generales».

Deberemos esperar, por tanto, a ver cómo va perfilando el TC este concepto con su posterior jurisprudencia y viendo qué tipo de casos son admitidos a través de la justificación de este supuesto.

IV. CONCLUSIONES

- i. La reforma producida por la LO 6/2007 supuso el cambio más relevante hasta ahora realizado en la configuración de nuestro TC. Éste aplicó la reforma de forma gradual, siendo en sus primeros años algo más flexible y dictando una jurisprudencia con fines aclaratorios e interpretativos. No obstante, este hecho no evitó que se generara una gran inseguridad jurídica entre los operadores jurídicos y los demandantes de amparo pues esta jurisprudencia fue insuficiente y, a nuestro parecer, tardía.
- ii. En la actualidad, existe una jurisprudencia vacilante no sólo respecto a las obligaciones impuestas al demandante de amparo a la hora de desplegar las obligaciones que le son impuestas por el art. 49.1 in fine LOTC; sino también respecto al propio cumplimiento de las obligaciones que la propia Ley Orgánica impone al Tribunal a la hora de admitir a trámite una demanda basada en la especial trascendencia constitucional y su necesaria apreciación no como cumplimiento de un mero requisito formal, sino como un verdadero requisito sustantivo o de fondo, art. 50.1 b) LOTC. Es por ello que, aún a día de hoy, muchos operadores jurídicos aún no han sido receptivos a la reforma. Esto es, aún se presentan recursos de amparo sin justificar la trascendencia constitucional, o sin haber agotado la vía judicial previa o

sin justificar la lesión de un derecho fundamental. Esta situación está mejorando si se observa el número de recursos que llega al TC. Sin embargo, creemos que sigue siendo una asignatura pendiente para los operadores jurídicos, quedando aún mucho trabajo por hacer.

- iii. A pesar del evidente carácter objetivo con el que el legislador quiso dotar al nuevo recurso de amparo y de las variadas ocasiones en las que el Tribunal ha admitido dicha objetivación, aún se dan resoluciones en las que el TC ha conocido y resuelto mediante sentencia, con carácter mayoritario, recursos de amparo en los que se produce una mera tutela subjetiva de los derechos fundamentales que se alegan como lesionados. Vemos por tanto que, a día de hoy, aún no se ha producido una total eliminación de la vertiente subjetiva del recurso de amparo. Sin embargo, consideramos que la evolución se encamina hacia dicha objetivación.
- iv. A pesar de que la objetivación fue un deseo de nuestro legislador, en la práctica lo que existe es una confluencia de elementos. Consideramos pues que el recurso de amparo se ha objetivado sólo de forma parcial. Entendemos que una objetivación total hubiera sido la concesión al TC de la capacidad plena de selección de los asuntos que le interese, atendiendo únicamente a su criterio. Sin embargo, lo que existen son una serie de elementos que han de cumplirse necesariamente para que un asunto sea admitido. Por tanto, nuestro sistema presentaría una “objetivación parcial” ya que se da la existencia de unos elementos sin cuya existencia el TC no puede admitir un asunto, pero una vez dados estos elementos, el TC puede decidir atendiendo a su criterio sí admite el asunto o no.
- v. Es necesario el planteamiento de ciertos aspectos que consideramos problemáticos para la efectiva protección de los derechos fundamentales. Consideramos que es totalmente necesario el fortalecimiento del papel del juez ordinario como garante principal de los derechos fundamentales. Sin embargo, la reforma de 2007 no cumplió este objetivo ya que no se incorporó un mecanismo efectivo para ello. No fue el incidente de nulidad de actuaciones la solución. Entendemos que se podrían haber llevado a cabo otras medidas, en nuestra opinión, más efectiva, como la modificación de la legislación procesal al hilo de crear un nuevo recurso para la protección de los derechos fundamentales o la creación de una Sala especial en el TS para tal cometido.
- vi. La LO 6/2007 intentó conferir un plus de protección a los derechos fundamentales en la jurisdicción ordinaria y remarcar el estatus de principales garantes de estos derechos a los jueces de esta jurisdicción. Sin embargo, uno de los principales problemas que podemos encontrar al respecto es el hecho de que el legislador quiso cumplir este objetivo mediante una figura de carácter excepcional como es el incidente de nulidad de actuaciones. Consecuentemente, se pretendió otorgar una garantía extra de protección

a los derechos fundamentales mediante un incidente excepcional antes de recurrir, en su caso, al TC usando otro recurso excepcional como es el amparo constitucional. Además, si tenemos en cuenta que sólo el 1% de los recursos de amparo son admitidos a trámite, podemos ver que el incidente “excepcional” de nulidad de actuaciones será, en la mayoría de los casos, la última vía para la protección de estos derechos. Carece por tanto de sentido, a nuestro modo de ver, que esta última vía de protección se lleve a cabo mediante un recurso de naturaleza extraordinaria y subsidiaria que, como la propia LOPJ recoge, no será admitido como regla general.

- vii. Si consideramos que la ampliación del objeto del incidente “excepcional” de nulidad de actuaciones en la reforma de 2007 tenía como objetivo que esta figura fuese concebida como una nueva garantía de los derechos en la vía jurisdiccional ordinaria (una garantía alternativa al amparo, teniendo en cuenta la dificultad de acudir a este tras la introducción del requisito de la especial trascendencia constitucional), consideramos que su diseño procesal no responde a este objetivo. Esta ampliación material del objeto del incidente no se corresponde con una ampliación real de los motivos de impugnación al encontrarse limitado a las lesiones producidas por los propios órganos judiciales. Además, al prohibirse la “traslación” de las vulneraciones de derechos fundamentales y sólo admitirse las vulneraciones producidas por el mismo órgano que resolvió, difícilmente veremos incidentes de nulidad de actuaciones alegados en base a un artículo distinto al 24 CE. Por tanto, pese a haberse ampliado el objeto, consideramos esta ampliación como ‘ficticia’ ya que no presenta ninguna proyección ni utilidad práctica.
- viii. Resulta difícil el conocimiento de los criterios del TC a la hora de valorar cuándo será imprescindible la interposición del incidente “excepcional” de nulidad de actuaciones para considerar agotada la vía judicial previa, o incluso para valorar cuándo éste será improcedente. Esta dificultad resulta incomprensible teniendo en cuenta que la adecuada interposición del incidente será determinante para la admisión, en su caso, de un posterior recurso de amparo. Además, la doctrina del TC no permite diseñar estrategias de litigio con garantía de éxito ya que, aún a día de hoy, los operadores jurídicos siguen teniendo dudas acerca de cuándo se debe interponer esta figura antes de acudir al recurso de amparo constitucional. Y es que el recurso de amparo será considerado extemporáneo, por alargamiento de la vía judicial previa, si se interpuso un incidente de nulidad de actuaciones «improcedente» resultando la demanda de amparo presentada fuera del plazo legalmente establecido. En el caso de que no se interponga el incidente “excepcional” de nulidad de actuaciones y se acuda directamente al amparo, en el caso de que el TC considere que alguna de las vulneraciones denunciadas pudo denunciarse por la vía del incidente, el recurso de amparo será inadmitido por tener un carácter “prematureo”.

- ix. Otro problema que, a nuestro modo de ver, hace del incidente un instrumento poco útil e inadecuado para la protección de los derechos fundamentales es su carácter no devolutivo. Este hecho hace que, en la práctica, su estimación sea bastante compleja debido al hecho en sí de que su resolución dependerá del cambio de criterio a la hora de resolver del propio órgano que originó la vulneración del derecho fundamental. En nuestra opinión, esta figura podría ser más efectiva si la resolución de la misma se llevara a cabo por un superior jerárquico ya que, de este modo, podría resolverse con una mayor objetividad o, en todo caso, por un juez distinto al que resolvió la sentencia objeto del incidente.
- x. Creemos que no se han cumplido los objetivos que se perseguían con esta figura. Por una parte, no se ha desarrollado el incidente “excepcional” de nulidad de actuaciones como una garantía adicional más del justiciable ante la jurisdicción ordinaria, nada más lejos, la realidad ha sido que esta figura se ha convertido en un óbice procesal, a nuestro parecer molesto, que entorpece y dificulta la llegada al recurso de amparo. Bien es cierto, que la intención era que no fuese necesario llegar al TC, sino que la protección la otorgase el juez ordinario, pero siendo la realidad que esta figura no otorga dicha protección y que, finalmente, es necesario acudir a éste, lo único que hace el incidente es ralentizar el camino. Por otra parte, el incidente no ayuda en absoluto a la tutela de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción ordinaria, principalmente porque, aun habiéndose ampliado su objeto, la realidad es que la mayoría de los incidentes el único derecho alegado es el del art. 24 CE, por lo que la reforma de 2007 no ha conllevado ninguna mejora en este sentido.
- xi. La configuración actual del incidente hace que éste no tenga ninguna utilidad en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales y a la acentuación de la jurisdicción ordinaria como principal garante de los mismos. Entendemos que la mejor opción sería o bien su supresión en pro de la agilidad procesal, o bien cambiar esta configuración. Algunas opciones que creemos mejorarían dicha configuración y le darían una mayor eficacia a esta institución serían la resolución de la misma por parte de un juez distinto de esa misma instancia o por su superior jerárquico o su conversión en un recurso de carácter obligatorio para la protección de los derechos fundamentales (el TC ya reconoció en su STC 9/2014, FJ 5, que el incidente no es un recurso en sentido estricto).
- xii. Consideramos que el efectivo rendimiento del incidente se debería haber traducido en una considerable disminución de demandas de amparo que alegasen el art. 24 CE, pues esto significaría que, el juez ordinario, como garante principal de los derechos fundamentales, habría solventado las vulneraciones producidas a este derecho. Sin embargo, el porcentaje de invocación de este derecho sigue siendo considerablemente alto, de hecho, sigue siendo el derecho más invocado en los recursos de amparo, por lo que

opinamos que el funcionamiento del incidente debe mejorar. Entendemos que este instrumento sólo es operativo en los supuestos de error patente del juez que dictó la última sentencia, ya que se le permite enmendar su propio error. Otro caso en el que podría parecer oportuno sería en los casos de procesos de única instancia ya que se permitiría ampliar la argumentación jurídica en relación al derecho fundamental.

- xiii. Ha existido una jurisprudencia vacilante en torno a la conexión entre el nuevo incidente de nulidad de actuaciones y el nuevo trámite de admisión del recurso de amparo. El Tribunal Constitucional ha establecido que para la interposición del incidente habrá de estarse a las circunstancias de cada caso. Nos encontramos pues antes un mecanismo procesal más para intentar reparar la lesión o vulneración del derecho en sede de jurisdicción ordinaria. El incidente de nulidad de actuaciones supone una vía procesal más para entender agotado los mecanismos jurisdiccionales posibles para la tutela del derecho en dicha sede que, dependiendo de las circunstancias concretas, permitirán entender agotada la vía judicial previa para la interposición del recurso de amparo.
- xiv. Hemos podido apreciar una máxima rigidez por parte del TC a la hora de aplicar los óbices procesales. Esta extrema rigidez nos lleva a la creencia de que existe por parte del Tribunal una tendencia previa de no admisión de las demandas como regla general, sirviéndose de esta acumulación de óbices procesales para ello. En otras palabras, creemos que existe una mínima voluntad por parte del TC a la hora de admitir asuntos. Además, existe la exigencia de que la justificación de estos óbices sea “suficiente”, no quedando claro qué será “suficiente” para el Tribunal.
- xv. El TC estableció que la lista de supuestos de especial trascendencia constitucional enumerados en la STC 155/2009 era abierta, no obstante, a día de hoy, más de diez años después, esta lista no ha sido ampliada. A nuestro parecer, el propio TC la ha cerrado no admitiendo casos fuera de la misma que amplíen este listado. Son mínimos los casos en que se admite una demanda por un supuesto que no aparece recogido en dicha Sentencia. Es más, muchos de citados casos son mínimamente utilizados, ya sea porque los propios demandantes de amparo no los alegan, porque están aún muy poco concretados y ello hace que no sean utilizados por su indeterminación o porque el propio TC no admite a trámite casos que estén dentro de esos supuestos. El supuesto “h”, por ejemplo, ha sido usado en muy pocas ocasiones. Los más utilizados, con una gran diferencia, son los supuestos “a” y “b”, relativos a facetas de derechos fundamentales sobre los que no hay existe doctrina y cambios o aclaraciones de doctrina del propio TC.
- xvi. Atendiendo a las cifras de la última década, podemos ver que se han cumplido varios de los objetivos que perseguía la reforma. Principalmente, el referido a la disminución del número de recursos que el Tribunal ha de

resolver cada año. Asimismo, el número de asuntos pendientes ha disminuido considerablemente en estos años. Sin embargo, son muchos los aspectos que aún podrían ser mejorados, entre ellos, la reducción de la llegada de recursos que aleguen aspectos de menor interés como podrán ser problemas relativos a la legalidad ordinaria, discrepancia de pronunciamientos judiciales o aspectos reiterativos relativos al artículo 24 CE. Creemos que, a pesar de que este tipo de recursos no terminasen siendo admitidos a trámite, conlleva un tiempo importante de trabajo para el TC el estudio de los mismos en la fase de admisión, por lo que debería introducirse medidas que evitasen su llegada disminuyendo así el número de recursos planteados ante el TC.

- xvii. Creemos que el TC debería buscar un equilibrio para llevar a cabo sus tres funciones principales: tribunal de justicia constitucional, intérprete supremo de la Constitución y garante subsidiario de los derechos fundamentales. A nuestro modo de ver, sí que existen criterios de apreciación de la especial trascendencia constitucional que permitirían compaginar con éxito estas funciones. Un ejemplo de ello sería el último caso de los previstos en la STC 155/2009, que permite encuadrar dentro de él supuestos en los que se atiendan lesiones de relevante gravedad. De este modo, nuestro Alto Tribunal podría recuperar esa faceta de garante de los derechos fundamentales que en los últimos años ha ido perdiendo.
- xviii. Cabe preguntarse cuál ha sido el precio que se ha tenido que pagar para “descongestionar” al TC y agilizar su funcionamiento y, sobre todo, si este ha sido excesivo para los demandantes de amparo, para la protección de los derechos fundamentales en general y, por supuesto, para la propia institución del recurso de amparo. Por una parte, la calidad de los recursos de amparo que el TC admite es cuestionable, pues cabría plantearse si efectivamente los recursos que llegan merecen la pena ser atendidos y si no se están dejando fuera cuestiones relevantes. A nuestro modo de ver, el TC posee el “monopolio” de la especial trascendencia constitucional ya que sólo él puede decidir qué entra y qué no entra, así como qué es trascendente y qué no. Todo esto en detrimento de la verdadera protección de los derechos fundamentales que sería lo verdaderamente importante.
- xix. Pese a que sí que se ha producido esa “descongestión” y agilización del TC, objetivos de la reforma, en nuestra opinión el precio a pagar ha sido muy caro, máxime teniendo en cuenta que la herramienta que se utilizó para dar un plus de protección en la jurisdicción ordinaria, el incidente “excepcional” de nulidad de actuaciones, ha sido un fracaso. Entendemos que la introducción de la institución de la especial trascendencia constitucional debería haber sido un mecanismo que mejorase el trabajo del Tribunal Constitucional, pero no a costa de eliminar una de sus funciones básicas como es la defensa de los derechos fundamentales.

- xx. Creemos que la pérdida de esta labor de protección de los derechos fundamentales puede ocasionar también un efecto perjudicial para la legitimidad de la institución del Tribunal Constitucional en sí misma ya que en los sistemas de justicia constitucional concentrada la idea del tribunal constitucional como juez de derechos fundamentales está muy arraigada y una institución de este tipo que sólo atiende un mínimo de los recursos de amparo que recibe es reprochable.

V. PERSPECTIVAS DE FUTURO

A día de hoy, se siguen produciendo inadmisiones de los recursos de amparo por la insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional o incluso por la falta de justificación. Además, se siguen inadmitiendo recursos por otras cuestiones procesales, como pueden ser la extemporaneidad en la interposición del recurso de amparo o la inexistencia o falta de apariencia de lesión o vulneración del derecho fundamental. Debido a esto, son muchas las voces en la doctrina que reclaman una mayor transparencia en la labor de nuestro TC, especialmente orientada a una mayor previsibilidad y, por consiguiente, una mayor seguridad jurídica; ya que su labor ha llegado a ser tachada, en ocasiones, de arbitraria. Para tal fin se insta, por ejemplo, a que las providencias sean motivadas y públicas.

A pesar de la labor interpretativa que ha realizado el TC en estos años, aún existen supuestos de especial trascendencia constitucional bastante indeterminados. Los motivos son variados: poca determinación del TC en los casos en los que las demandas se admiten a trámite en base a ese supuesto, pocos casos en los que se ha utilizado, etc. Además, aún a día de hoy, son muchos los recursos de amparo que se presentan que son inadmitidos por no haber cumplido correctamente el requisito de justificación de la especial trascendencia constitucional impuesto por la LOTC. Es más, los pocos recursos admitidos a trámite lo son por los mismos supuestos de trascendencia, principalmente el primero y el segundo. Asimismo, apreciamos “poca originalidad” por parte del TC en su labor de interpretación, realizando en la mayoría de los casos una aplicación de su doctrina ya existente.

Estimamos necesaria la creación de un mecanismo extra de protección de los derechos fundamentales en la vía ordinaria más allá del incidente “excepcional” de nulidad de actuaciones. Una opción que solventaría esta necesidad y, asimismo, sería un adecuado mecanismo para trabajar en concordancia con el TC descongestionando a este de gran carga de trabajo sería una Sala especial en el Tribunal Supremo que se encargara de la tutela de los derechos fundamentales en última instancia. Esta Sala, a su vez, reafirmaría el papel del juez de la jurisdicción ordinaria como garante principal de la tutela de estos derechos. Esta institución no tendría por qué eliminar de modo alguno el recurso de amparo ante el TC, ya que esta es la única manera de interpretar el texto constitucional a través de la jurisprudencia del Alto Tribunal, pero sería una mejor manera de otorgar un

plus de protección a los derechos fundamentales de lo que ha sido el incidente y, a su vez, un efectivo filtro de asuntos que llegasen al TC.

A pesar de las deficiencias que presenta el recurso de amparo, creemos que sigue siendo una figura de vital importancia en nuestro sistema de garantías de los derechos fundamentales. Además, su desaparición conllevaría, a nuestro modo de ver, la pérdida de la “esencia” del TC, ya que el recurso de amparo es una de las principales competencias atribuidas por la Constitución a este órgano. Creemos, por tanto, que esta figura aún puede ofrecer mucho a nuestro sistema, tanto en lo que a la protección de los derechos fundamentales se refiere, como a la protección e interpretación del propio texto constitucional.

Teoría, práctica y debate sobre el voto particular en España e Italia

Daniel
Camoni
Rodríguez

Doctor por la Università degli Studi di Milano-Bicocca
y la Universidad de Granada

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Breve historia comparada del voto particular.
- III. El voto particular en España y en el Tribunal Constitucional.
- IV. El eterno debate sobre la introducción de la *opinione dissenziente* en la *Corte costituzionale* italiana.
- V. Conclusiones.

NOTA BIOGRÁFICA:

Daniel Camoni Rodríguez es licenciado *cum Laude* en Derecho por la *Università degli Studi di Milano-Bicocca* (Milán, Italia) y Doctor *cum Laude* en Ciencias Jurídicas en cotutela entre la *Università degli Studi di Milano-Bicocca* y la Universidad de Granada. Actualmente es *Assegnista di ricerca* en Derecho Público Comparado en la *Università degli Studi (Statale)* de Milán. Ha realizado una estancia en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada entre enero y julio de 2020. Sus líneas de investigación principales versan sobre la forma territorial del Estado y las formas de gobierno en perspectiva comparada; la comparación sobre contenido y límites de algunos derechos fundamentales (libertad de expresión, religiosa); la dimensión institucional y competencial de los órganos constitucionales (Tribunales constitucionales, Consejos de Justicia, Parlamentos y Gobiernos) en diferentes modelos, con especial atención al ordenamiento español.

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación doctoral que se presenta en esta Revista, en versión reducida, tiene como objetivo un análisis del voto particular –con especial atención a los ordenamientos jurídicos de España e Italia– desde el método jurídico comparado, partiendo de las correspondientes experiencias nacionales y desarrollando algunas reflexiones a través de las modalidades de la opinión discrepante (*dissenting opinion*) y de la opinión concurrente (*concurring opinion*), sobre todo en relación con los modelos de justicia constitucional.

En un horizonte de tal amplitud, la delimitación conceptual a estos últimos responde en primer lugar a razones de carácter personal, en cuyo contexto la (doble) ascendencia italiana y española de quien escribe estas líneas se ha traducido en un correspondiente interés científico. Además, no cabe excluir de este estudio algunas características personales que bien entroncan la esencia del voto particular –ya sean cualidades o defectos, lo decidirá el lector– como son la obstinación en la defensa de planteamientos *a posteriori* minoritarios (que, no obstante, se consideran correctos desde el principio), la provocación intelectual

o la exigencia de “mantener vivas” ciertas ideas, derrotadas pero posiblemente destinadas en el futuro a ser posición mayoritaria.

En paralelo, el tema elegido ha sido la ocasión para reflexionar también sobre las posibilidades de implementación concreta en el sistema jurisdiccional italiano de un elemento jurídico-procesal sobre el cual se ha debatido de forma extensa y magistral a partir de la adopción de la Constitución republicana de 1948 (particularmente en relación con el funcionamiento de la *Corte Costituzionale*) pero que jamás ha dado la impresión de estar cerca de ser realmente incorporado.

Las conclusiones a las que se ha llegado en este trabajo –elaboradas, por un lado, desde un estudio razonado del dato positivo arrojado por el sistema constitucional español y de su desarrollo concreto; por otro, interpretando el debate en la doctrina italiana y que solo en razón de una lectura superficial puede ser tachado de estéril– no pueden prescindir de una mínima reconstrucción histórica del voto particular que dé cuenta de su existencia y vitalidad en diferentes ordenamientos jurídicos y sirva como “trampolín” e instrumento de comparación con los ordenamientos de España e Italia.

En primer lugar, una vez identificado el voto “no mayoritario” desde el punto de vista etimológico-lingüístico y de su contenido, se ha elaborado un marco preliminar dedicado a reconstruir los diferentes argumentos que han sido esgrimidos, desde un punto de vista teórico-abstracto, tanto a favor como en contra de su introducción.

De esta forma, el debate viene necesariamente a entrelazarse con otras temáticas de extensa envergadura, desde la función de la motivación de las decisiones judiciales hasta el rol público y subjetivo-institucional del Juez, desde la percepción que un determinado contexto social y político puede (o tiene que) tener de la actividad judicial hasta llegar a las posibles consecuencias –positivas o negativas– que podrían derivarse a partir de una determinada utilización (a veces incluso “patológica” o “excesiva”) del voto particular.

A seguir, se ha dedicado una parte importante de la tesis a la descripción de los orígenes históricos del voto “no mayoritario” en algunos ordenamientos muy significativos para la historia del constitucionalismo. Empezando por los sistemas de *common law* (en primer lugar, Reino Unido y, sobre todo, Estados Unidos), se ha tratado de demostrar que no existen diferencias insalvables entre las diferentes realidades estatales que actualmente prevén el voto particular, ya que este último simplemente se caracteriza de forma distinta a partir de las peculiaridades jurídicas de cada ordenamiento.

En este sentido, se ha hecho especial hincapié en el sistema estadounidense – piedra angular de esta materia, en razón de su consolidación plurisecular y de la importancia que el *dissent* ha asumido en el relativo equilibrio constitucional de poderes– y en el alemán, donde la introducción (discutida, progresiva y

finalmente exitosa) del voto particular revela interesantes sugerencias acerca de la compenetración entre jurisprudencia, doctrina y legislación.

La actividad de comparación que representa el fulcro principal de este trabajo empieza analizando los numerosos (y consolidados) índices de derecho positivo sobre el tema en el ordenamiento jurisdiccional español. Una vez descritos los (remotos) antecedentes históricos del voto particular, se prestará atención sobre todo a su introducción y desarrollo en los órganos de justicia constitucional, comenzando desde las ajetreadas vicisitudes del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República hasta llegar a la actualidad del Tribunal Constitucional.

El objetivo principal de esta parte del trabajo ha consistido también en una posible lectura “moderna” y actualizada a la última década (2009-2019) de las importantes consideraciones de algunos grandes Maestros del Derecho Público y Constitucional, con el objetivo de comprender si y en qué medida las ideas por ellos elaboradas de forma magistral en los últimos cuarenta años del Siglo XX todavía conservan la actualidad del momento en el que fueron concebidas o, vice versa, impongan un cierto reajuste de los equilibrios conseguidos en relación con la vitalidad y desarrollo del voto particular.

En este sentido, cabe destacar que dicha sección troncal de las tesis ha sido desarrollada durante una estancia en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, entre enero y julio de 2020. Al respecto, una mención especial merece el Prof. Dr. Gregorio Cámara Villar, Catedrático de Derecho Constitucional del mismo Departamento y cuya obra pionera e innovadora sobre el tema, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1993), ha sido fuente de gran inspiración y ayuda para este trabajo.

A seguir, el estudio se ha centrado en el ordenamiento italiano, que bien se podría describir como una reproducción con tintes jurídicos de la obra más famosa del gran dramaturgo irlandés Samuel Beckett, *Esperando a Godot* (1952) o de la más célebre novela de Dino Buzzati, *El desierto de los tártaros* (1940): una historia de sempiterna espera que, al día de hoy, no parece haber encontrado una solución definitiva y satisfactoria, también a raíz de un interés sobre el tema que ha ido menguando en los últimos años para luego recobrar una inesperada atención en los meses más recientes de 2020 y 2021.

En estos términos, se ha dado también cuenta de los importantes debates doctrinales surgidos al respecto, trazando un paralelismo con los múltiples intentos que se han hecho (en los distintos niveles normativos, siempre sin éxito) para una introducción del voto particular en el sistema de justicia constitucional. Al respecto, se ha prestado especial atención a la fundamental sentencia de 18 de enero de 1989, n. 18, de la *Corte Costituzionale* –la cual parecía haber abierto las puertas a la posibilidad de introducir la *opinione dissenziente*– y a los diferentes

planteamientos sobre la fuente normativa más adecuada para la realización de dicha innovación, oscilando entre estricta legalidad jurídica y razones de oportunidad política.

Finalmente, en la última parte de la tesis se ha reflexionado sobre las diferentes temáticas tratadas en los Capítulos anteriores en una perspectiva proyectada hacia el futuro, que mire a las posibles evoluciones de la discrepancia (pública, motivada y nominal) en el ámbito judicial y expresada a través del voto “no mayoritario”.

De esta forma, recordando el reciente aniversario de los cuarenta años de la Constitución española, se han desarrollado algunas consideraciones acerca de la evolución y actualidad del voto particular en la actividad del Tribunal Constitucional, tratando también de abrir caminos hacia un nuevo debate sobre el tema en Italia y, sobre todo, hacia una introducción efectiva en su ordenamiento de la opinión discrepante, siempre observada con suspicacia cuando no del todo rechazada.

II. BREVE HISTORIA COMPARADA DEL VOTO PARTICULAR

Es bien sabido que con la expresión “voto particular” se indica una manifestación formal de disenso, discrepancia o disconformidad pública, motivada y nominal (suscrita con nombre y apellido) por parte de un Juez o Magistrado que no comparte la “decisión final” adoptada por una determinada mayoría colegiada en sede judicial.

Con palabras de Juan Antonio Xiol Ríos –Magistrado del Tribunal Constitucional español (TC) desde junio de 2013 y quien ostenta actualmente el mayor número de votos particulares emitidos en sus más de cuarenta años de historia (276, hasta la STC 69/2022, de 2 de junio)–, este «representa la confesión pública de un fracaso en la capacidad de persuasión para conformar una opinión mayoritaria» (voto particular discrepante a la STC 31/2018, de 10 de abril, sobre la constitucionalidad de varios preceptos de la LOMCE).

Dicha discrepancia puede ceñirse a la sola fundamentación jurídica de la decisión, expresando al mismo tiempo el acuerdo con el fallo de la decisión final adoptada –en cuyo caso se discurre de opinión concurrente (*concurring opinion*)– o, como viene siendo más habitual (sobre todo en la jurisprudencia del TC y de los Tribunales constitucionales de inspiración europea), puede rechazar directamente el resultado final de la misma deliberación, traduciéndose en una opinión discrepante (*dissenting opinion*).

A nivel estadístico, cabe también destacar (a luz de la Opinión 932/2018, de 17 de diciembre, del Consejo de Europa) que, de los cuarenta y siete Estados que actualmente forman parte del Consejo de Europa, solo once de ellos no admiten

en sus ordenamientos el voto particular: entre los más relevantes (además de Andorra, Bélgica, Irlanda –únicamente en los casos relacionados con el control de constitucionalidad, según el art. 26.2.2. Const.–, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, San Marino y Suiza), deben mencionarse Austria –patria europea del control de constitucionalidad –, Francia e Italia.

En una más amplia perspectiva histórica, el origen del voto particular se remonta a la técnica de decisión judicial británica de las denominadas *seriatim opinions* u “opiniones/votos en serie”. En efecto, en este ordenamiento no existía, hasta hace poco, un único “parecer del Tribunal”, es decir una decisión final reconducible a un Tribunal como órgano judicial unitario: por el contrario, cada Juez emitía de forma individualizada su voto (léase, su “propia” sentencia) y daba cuenta de las motivaciones subyacentes en público.

Dicha modalidad de deliberación judicial fue “absorbida” por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos –cuya primera decisión se remonta al caso *West v. Barnes* de 1791–, pero fue abandonada con el comienzo de la histórica Presidencia de John Marshall (1801-1835). Como es bien sabido, a este Magistrado se debe la genial creación del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias respecto de una ley jerárquicamente superior (denominada Constitución: véase el caso *Marbury v. Madison* de 1803) y, por lo que atañe al desarrollo formal del voto particular, la introducción –no sin controversias– de la *opinion of the Court*.

En este último sentido, el hecho de que el mismo Presidente pronunciase, al menos en un primer momento, las sentencias con unanimidad (casi) absoluta del Tribunal –incluso en casos en los que sí había habido discrepancias internas– se debía sobre todo a la necesidad “política” de fortalecer el rol del neonato Tribunal Supremo en el marco constitucional y en relación con los demás poderes del Estado: prueba de ello fue el profundo rechazo manifestado respecto a esta innovación por el entonces Presidente de la Federación Thomas Jefferson, quien no dudó en acusar a Marshall de manipulador y a los demás Magistrados de vagos y cobardes.

No obstante, esta nueva tradición deliberativa se rompió a partir de los casos *Head&Armony v. Providence Ins. Co.* (1804) y *Huidekoper’s Lessee v. Douglass* (1805) –con los primeros votos particulares concurrentes– y, sobre todo, *Simms&Wise v. Slacum* (1806), cuando el Juez Paterson pronunció el primer voto particular realmente discrepante.

Es imposible entender el desarrollo de la jurisprudencia, del modelo institucional e incluso de la misma sociedad estadounidense sin considerar la importancia, muchas veces decisiva, del voto particular. Por un lado, no puede eludirse su influencia “subjetiva”: en este sentido, cabe destacar la centralidad de algunos Jueces históricos (entre los de mayor renombre: Harlan, Holmes, Brandeis, Douglas, Brennan, Stevens, Scalia, Ginsburg y Thomas), cuyos planteamientos jurídicos

minoritarios has suscitado en algunos casos el mismo nivel de atención y debate –o incluso superior– que las sentencias a las que se refieren.

Por el otro, es bien conocida la influencia “objetiva” del voto particular en el desarrollo jurisprudencial de derechos y libertades fundamentales: en efecto, en algunas ocasiones las opiniones discrepantes se han convertido, *a posteriori*, en la solución mayoritaria (provocando importantes *overrulings*) o han estimulado innovaciones normativas de gran calado.

En términos no exhaustivos, pueden mencionarse los votos particulares del Juez Harlan en *Plessy v. Ferguson* (1896) –contrario a la declarada legitimidad de la segregación racial entre blancos y negros en los medios de transporte, fundamentada en el terrible principio “separados pero iguales”– aceptado por unanimidad en *Brown v. Board of Education* (1954); del Juez Holmes en *Abrams v. United States* (1919), sobre el máximo desarrollo posible de la libertad de expresión y la exigencia de restringir los límites (penales) a la misma en el “libre mercado de las ideas” (*free marketplace of ideas*) o del Juez Brandeis en *Olmstead v. United States* (1928), sobre el reconocimiento de un derecho a la privacidad e intimidad como “derecho a ser dejado en paz” (*right to be let alone*), aceptado en *Katz v. United States* (1967).

En relación con la capacidad de los votos particulares para incidir sobre el procedimiento legislativo, pueden sobre todo recordarse las opiniones discrepantes del Juez Brennan en *Goldman v. Weinberger* (1986) o de la Jueza Ginsburg en *Ledbetter v. Goodyear* (2007). Respecto del primer caso, frente a una sentencia del Tribunal Supremo que, por un estrecho margen de cinco votos a cuatro, había considerado legítima la prohibición de vestir la *kipá* en acto de servicio militar, el Congreso de los Estados Unidos introdujo una enmienda en el *National Defense Authorization Act* de 1988, con el objetivo de permitir el porte de ciertos tocados religiosos por parte de militares.

En el segundo, el poder legislativo aprobó, a raíz de una *dissenting opinion* muy crítica de la Jueza Ginsburg con la mayoría en el caso *Ledbetter*, una reforma del *Civil Rights Act* de 1964 para evitar que conductas supuestamente discriminatorias y reiteradas contra las mujeres en los puestos de trabajo –léase, menor retribución respecto al mismo trabajo realizado por hombres– cayeran en prescripción una vez transcurridos 180 días desde el momento en el que las mismas se habían concretado.

Si el Tribunal Supremo de los Estados Unidos es la patria mundial del voto particular, el Tribunal constitucional federal alemán es su cuna europea. A pesar de la ausencia de referencias a la opinión discrepante en la Constitución de 1949 y en la legislación ordinaria de entonces, cabe destacar la introducción progresiva de la misma, en una suerte de camino jurídico que se ha desarrollado “por etapas”.

En primer lugar, es posible individualar una etapa jurisdiccional o jurisprudencial, en relación con el célebre caso *Der Spiegel* de 1966. Frente a un recurso al Tribunal constitucional por parte de un grupo periodístico que consideraba cercenada su libertad de prensa (respecto de la publicación de informaciones sobre cuestiones sensibles de seguridad y defensa nacional), los Magistrados no consiguieron alcanzar la mayoría necesaria para estimar o desestimar la impugnación, estancándose en un empate.

La Sala Primera decidió entonces –de manera inesperada y sin apoyarse en ninguna disposición normativa– proceder a la publicación de los planteamientos de todos los Magistrados, si bien sin revelar los nombres de los que habían apoyado o no el recurso. De esta forma, se admitía por primera vez el voto particular en el Tribunal constitucional alemán, aunque fuera en términos anónimos.

A seguir, debe también prestarse atención a la etapa doctrinal o académica. En particular, en el 47º Congreso de la Asociación de Juristas alemanes, celebrado en Nürenberg en 1968 y dedicado expresa e íntegramente a la posible aceptación del *Sondervotum* (o *abweichende Meinung*), la inmensa mayoría de juristas alemanes mostró su favor para una posible introducción legislativa.

Finalmente, dichas solicitudes serán acogidas por parte del *Bundesrat* en 1970, a través de una reforma de la Ley de organización y funcionamiento del Tribunal constitucional de 1951. No obstante, también hay que recordar que no se admiten votos particulares en ningún órgano colegiado de la jurisdicción ordinaria.

III. EL VOTO PARTICULAR EN ESPAÑA Y EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La historia del voto particular en el ordenamiento jurídico español consta de tres grandes momentos. El punto de partida coincide con la lejana promulgación de las *Ordenanzas de Medina* de 1489 por parte de los Reyes Católicos, en cuyo Capítulo XIV se establecía que todos los juzgados registrasen –en ciertos supuestos («Pleytos arduos, y de substancia, especial en todos los que exceden de cien mil maravedís»)– en un libro secreto el resultado de las votaciones de las sentencias.

La práctica del “voto reservado” fue sucesivamente adoptada por la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1882 y la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1888, aunque en este último caso la polémica innovación fue finalmente abrogada en 1894.

En relación con el modelo de justicia constitucional, es imposible no considerar el desarrollo teórico y práctico experimentado por la opinión discrepante durante la turbulenta experiencia del Tribunal de Garantías constitucionales, establecido por la Constitución republicana de 1931. Al respecto, el art. 41 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías constitucionales de 1933 (LOTGC) establecía

la posibilidad de formular voto particular por parte de los Magistrados que no estuvieran conformes con el criterio de la mayoría.

No obstante, la composición prevalentemente política del Tribunal y la gram utilización partidista que del mismo hicieron las fuerzas políticas hizo sí que la opinión discrepante fuese interpretada no siempre con motivaciones exquisitamente técnicas, sino más bien con el objetivo de “judicializar” cuestiones políticas y servir, según la ocasión, como apoyo o contrapeso al Gobierno de turno.

Además, en un contexto general de fuerte inestabilidad institucional, política y social, ello contribuyó a provocar un terrible descrédito al Tribunal de Garantías constitucionales, cuyas deliberaciones y votos particulares eran percibidos como “de derechas” o “de izquierdas” según el caso a enjuiciar y los intereses partidistas subyacentes.

Todo ello no fue óbice para que la nueva Carta Magna de 1978 decidiera constitucionalizar la regla de la posible emisión de votos particulares –lo que no sucede ni en los Estados Unidos (que admite sin fisuras la *dissenting opinion* como regla consuetudinaria) ni en Alemania (que remite la cuestión a una ley ordinaria)– en el Tribunal Constitucional (art. 164 CE).

En efecto, el estudio de los trabajos parlamentarios sobre dicho artículo desvela cuestiones no secundarias sobre el tema. Así, las enmiendas socialistas nn. 319 y 370 al Anteproyecto de Constitución y, sobre todo, la enmienda presentada *in voce* por Gregorio Peces-Barba –auténtico padre del voto particular en la Constitución española– el 19 de junio de 1978 en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados fueron decisivas para que el TC se dotara de la posibilidad de emitir opiniones discrepantes públicas, motivadas y suscritas de forma nominal.

Al respecto, el mismo declaró que el «reconocimiento y participación de los votos particulares supone uno de los caracteres más progresivos del Tribunal Constitucional, auténtica garantía para la minoría discrepante en el Tribunal y también para el afinamiento de las ponencias mayoritarias que tendrán la posibilidad de contrastarse públicamente; y sobre todo a nivel científico-jurídico, con las opiniones discrepantes».

El art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) diseña con especial detalle todas las características estructurales del voto particular. En primer lugar se admite que tanto el Presidente como los demás Magistrados puedan reflejar en voto particular su opinión discrepante, lo que viene a ser interesante sobre todo en el primer caso, ya que el Presidente dispone del voto de calidad en caso de empate y, como tal, puede inclinar la balanza de la decisión final hacia uno u otro lado.

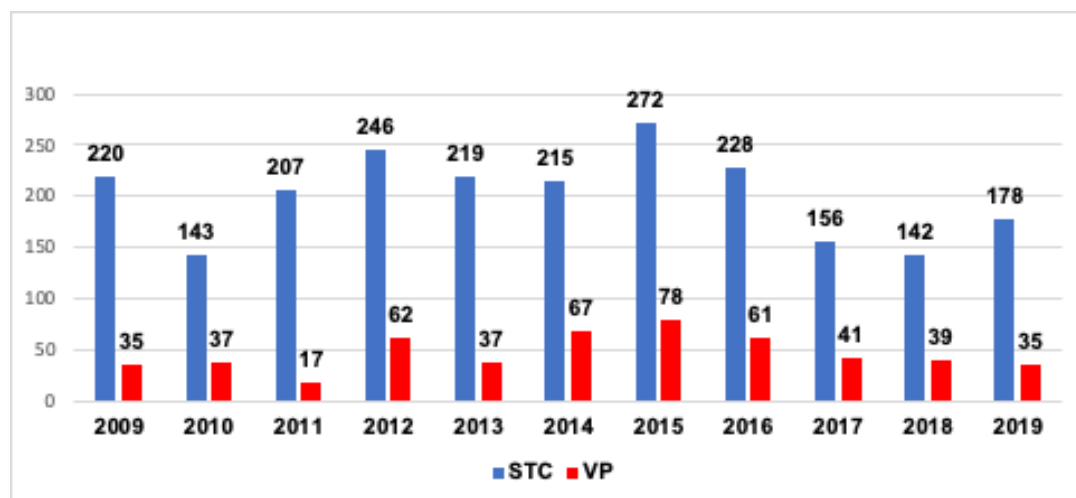
La emisión de votos particulares, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación, está supeditada a un previo anuncio y a la correspondiente defensa en la sede de la deliberación a puerta cerrada: ello implica que no puede haber (o no debería) opiniones discrepantes/concurrentes “sorpresivas”, es decir que se emitan sin que hayan sido previamente defendidas por el Magistrado “minoritario” en el debate con los restantes Magistrados.

Esta consideración conlleva un importante perfil a favor del voto particular: por un lado, la posibilidad de emitir una opinión discrepante puede favorecer compromisos, mediaciones y diálogos entre la mayoría y minoría, ya que los unos podrían dejarse persuadir por los argumentos de los otros y cambiar de opinión; por el otro, la presencia de un voto particular formalizado puede contribuir a reforzar las argumentaciones de la mayoría, quizá prestando (mayor) atención a cuestiones consideradas de menor importancia o no motivadas de manera suficientemente precisa.

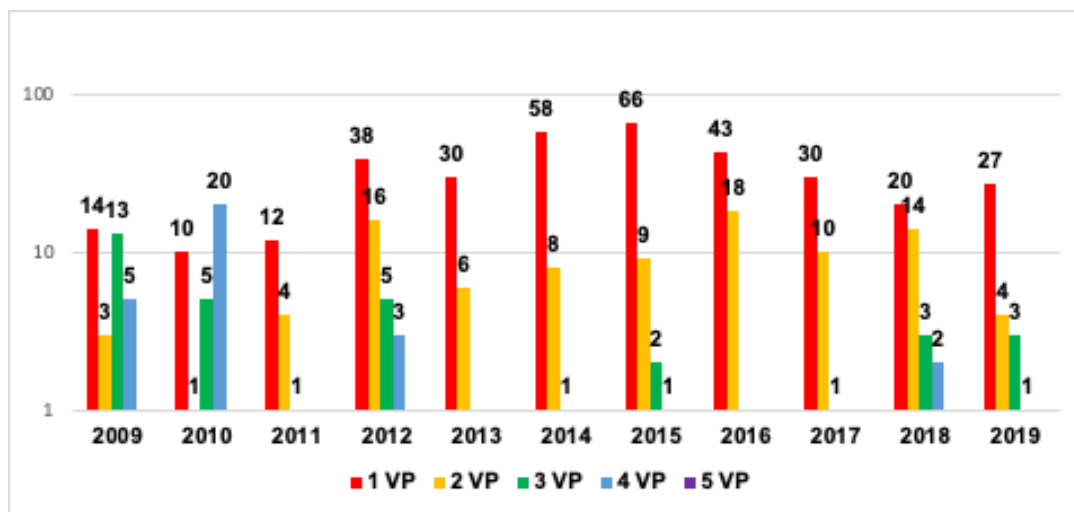
Por último, los votos particulares se incorporan a la resolución y se publican en el Boletín Oficial del Estado: de esta forma, es posible una plena publicidad de los mismos, lo que se traduce en una garantía de transparencia para los ciudadanos y de pleno conocimiento no ya de la simple existencia de deliberaciones y contrastes, sino del resultado de estos últimos y de las razones que los asisten.

En términos concretos, un pequeño marco estadístico –elaborado a partir de las detalladas Memorias anuales publicadas por el TC en su página web– puede ser útil para entender el desarrollo del voto particular en el modelo español de justicia constitucional. Limitando nuestro análisis a la década entre 2009 y 2019, se pueden observar los datos que se indican a continuación:

Relación entre sentencias totales (STC) y STC con voto particular (VP) (2009-2019)

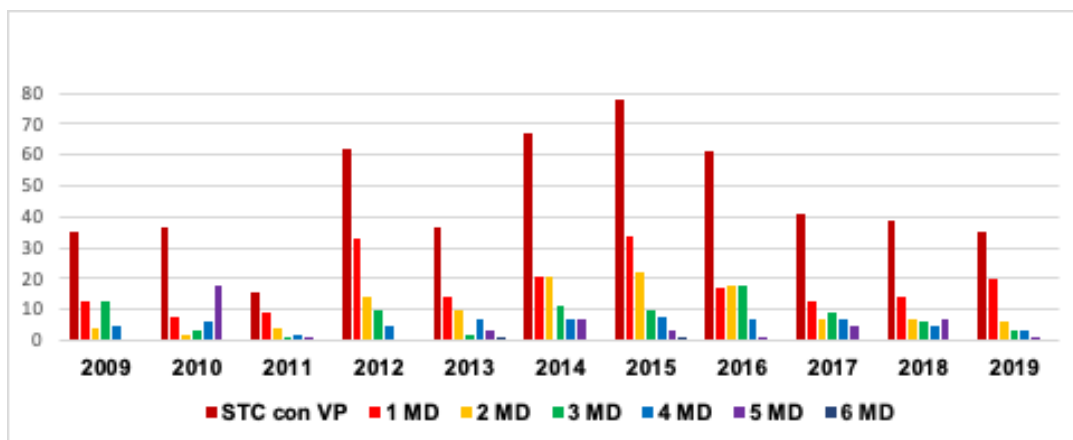


Número de votos particulares (VP) por Sentencia



| Año | STC con 1 VP | STC con 2 VP | STC con 3 VP | STC con 4 VP | STC con 5 VP | Tot. VP |
|-------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|------------|
| 2009 | 14 | 3 | 13 | 5 | - | 35 |
| 2010 | 10 | 1 | 5 | 20 | 1 | 37 |
| 2011 | 12 | 4 | - | - | 1 | 17 |
| 2012 | 38 | 16 | 5 | 3 | - | 62 |
| 2013 | 30 | 6 | - | - | 1 | 37 |
| 2014 | 58 | 8 | 1 | - | - | 67 |
| 2015 | 66 | 9 | 2 | 1 | - | 78 |
| 2016 | 43 | 18 | - | - | - | 61 |
| 2017 | 30 | 10 | 1 | - | - | 41 |
| 2018 | 20 | 14 | 3 | 2 | - | 39 |
| 2019 | 27 | 4 | 3 | 1 | - | 35 |
| TOT. | 348 | 93 | 33 | 32 | 3 | 509 |

Relación entre STC con VP y Magistrados discrepantes (MD)



| Año | STC con VP | STC con 1 MD | STC con 2 MD | STC con 3 MD | STC con 4 MD | STC con 5 MD | STC con 6 MD | Tot. MD |
|------|------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|---------|
| 2009 | 35 | 13 | 4 | 13 | 5 | - | - | 80 |
| 2010 | 37 | 8 | 2 | 3 | 6 | 18 | - | 135 |
| 2011 | 17 | 9 | 4 | 1 | 2 | 1 | - | 33 |
| 2012 | 62 | 33 | 14 | 10 | 5 | - | - | 111 |
| 2013 | 37 | 14 | 10 | 2 | 7 | 3 | 1 | 89 |
| 2014 | 67 | 21 | 21 | 11 | 7 | 7 | - | 159 |
| 2015 | 78 | 34 | 22 | 10 | 8 | 3 | 1 | 161 |
| 2016 | 61 | 17 | 18 | 18 | 7 | 1 | - | 140 |
| 2017 | 41 | 13 | 7 | 9 | 7 | 5 | - | 107 |
| 2018 | 39 | 14 | 7 | 6 | 5 | 7 | - | 101 |
| 2019 | 35 | 20 | 6 | 3 | 3 | 1 | - | 58 |

IV. EL ETERNO DEBATE SOBRE LA INTRODUCCIÓN DEL VOTO PARTICULAR EN LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

Reflexionar sobre la relación entre el voto particular y el modelo de justicia constitucional en Italia lleva consigo una paradoja peculiar. Posiblemente, en ningún otro ordenamiento jurídico se ha haya debatido de forma tan larga, amplia y detallada sobre las posibles cualidades y defectos de la opinión discrepante y sobre sus contenidos jurídico-formales como en el mundo académico italiano, sobre todo a partir de la publicación de la obra colectánea editada por Costantino Mortati (Magistrado de la *Corte costituzionale* entre 1960 y 1972), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, Giuffrè, 1964.

No obstante, todavía no ha sido posible llegar a vislumbrar su introducción en las deliberaciones de la *Corte costituzionale*, si bien es cierto que, a raíz de la adopción de una reciente reforma de su propio Reglamento (publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 31 de mayo de 2022), se ha introducido una mayor dialéctica en las audiencias públicas, con la posibilidad que los Magistrados puedan formular a las partes las preguntas que estimen oportunas. Ello podría representar –quizá– la antesala para una próxima adopción del voto particular.

En términos de historia del Derecho, no es secundario recordar que la tradición jurídica italiana anterior a la unificación nacional (1861) ya admitía la posibilidad de pronunciar votos minoritarios en decisiones judiciales, si bien estos no siempre eran públicos: entre los órganos judiciales más destacados, pueden recordarse el Tribunal Apostólico de la Rota de Roma o de Florencia a partir del siglo XVI, así como los que operaban en el Reino de Nápoles, el Granducado de Toscana o el Ducado de Ferrara en los siglos XVIII y XIX.

A partir de entonces, la penetrante influencia cultural francesa hizo que las reglas del secreto de la *camera di consiglio* y de la “unidad” de la motivación se impusieran prácticamente sin fisuras hasta hoy. Ello no impide deslizar algunas consideraciones sobre el desarrollo de algunas modalidades de discrepancia “enmascarada” en el seno del Tribunal Constitucional italiano; modalidades que no han suscitado ninguna reacción contraria y que, en palabras de Alessandro Pizzorusso, se han convertido incluso en costumbres constitucionales.

En primer lugar, destaca la publicación de breves comentarios doctrinales a sentencias de la misma *Corte costituzionale* por parte de Magistrados que habían participado en su deliberación: el caso más célebre es sin duda el de Virgilio Andrioli –Magistrado entre 1978 y 1987– a la sentencia de 15 diciembre de 1980, n. 164, de la que fue ponente y que criticó por su supuesta contradictoriedad con la jurisprudencia anterior del mismo Tribunal en un artículo publicado en el n. 1 de 1981 de la prestigiosa revista jurídica *Il Foro italiano*.

A continuación, pueden recordarse numerosas entrevistas y declaraciones públicas de Magistrados en su día en activo (entre otros, Enrico De Nicola, Aldo Sandulli, Leonetto Amadei, Ettore Gallo, Ugo Spagnoli) en las que estos tomaban posición a favor o en contra de la introducción del voto particular, desgranando sus bondades o censurando los problemas que su aceptación habría podido provocar, sobre todo en relación con el riesgo de una excesiva politización de la *Corte costituzionale*.

Finalmente, cabe concentrar la atención sobre el procedimiento “italiano” para la adopción de las decisiones finales. En este contexto, el Presidente elige a un Magistrado para que exponga –en audiencia pública o en forma reservada– los elementos principales sobre los que se fundamenta el recurso; sucesivamente, es habitual que la redacción de la sentencia competa al mismo Magistrado anteriormente encargado de la exposición oral.

A partir de la reforma reglamentaria de 1987, la deliberación final es suscrita únicamente por el Presidente y el Magistrado redactor (a diferencia del anonimato anterior, ya que hasta entonces todos los Magistrados suscribían las sentencias), lo que ha provocado que en algunas ocasiones –ochenta y ocho entre 1988 y 2022, como evidencia perfectamente el libro del Prof. Beniamino Caravita, *Ai margini della dissenting opinion. Lo “strano caso” della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale* (Torino, Giappichelli, 2021)– este último no coincida con el encargado de la ponencia originaria, aunque ello no conlleve el conocimiento de las razones que han determinado dicha decisión.

Ello suscita numerosas críticas. El Magistrado de la *Corte costituzionale* Nicolò Zanon –en el cargo desde 2014 y uno de los que más se ha expuesto públicamente a favor de la introducción del voto particular– ha hablado al respecto de una modalidad de opinión discrepante “autorreferencial e introvertida” que garantiza este singular privilegio solo al ponente que, después del debate, se haya quedado en minoría y haya rehusado redactar la sentencia.

En paralelo, considérese que, el 8 de enero de 2020, la *Corte costituzionale* ha aprobado una importante reforma de su Reglamento, introduciendo en sus juicios el denominado *amicus curiae* y la posibilidad, por parte de los mismos Magistrados, de solicitar informaciones a expertos en temas extra-jurídicos.

Siendo así las cosas, se ha puesto en evidencia por parte del Profesor Caravita la contradicción –que aquí se comparte– de un Tribunal que, por un lado, se abre cada vez más hacia el exterior pero, al mismo tiempo, rechaza abrirse en relación con el procedimiento de deliberación, alimentando especulaciones sobre el sentido de voto de los Magistrados cada vez que el ponente y el redactor no coinciden.

Al respecto, cabe también destacar que la *Corte costituzionale* se ha pronunciado, de manera formal, dos veces sobre la posibilidad de introducir el voto particular en su propio modelo judicial. El 20 de julio de 1995, la Comisión de estudios y

reglamentos rechazó la propuesta formulada por Mortati en 1965 sobre la aceptación del voto particular concurrente/discrepante suscrito por parte de los Magistrados que estuvieran en minoría.

En tiempos más recientes, el 9 de mayo de 2002 la cuestión llegó al Pleno del Tribunal, en relación con la propuesta de introducir el voto particular de forma anónima: no obstante, votaron a favor únicamente los Magistrados Cesare Rupperto (Presidente) y Valerio Onida.

V. CONCLUSIONES

A raíz de las reflexiones desarrolladas en los párrafos anteriores, es necesario trazar algunas consideraciones metodológicas antes de llegar a las conclusiones efectivas de este amplio resumen del trabajo de tesis. En efecto, el recurso a la comparación como quinto método häberliano de la interpretación y comparación entre ordenamientos, instituciones y normativas ha permitido analizar modelos diferentes entre sí en relación con sus orígenes históricos, tradiciones jurídicas y desarrollo, sin ninguna pretensión de asimilación “forzada”, sino con el objetivo de resaltar diferencias que, no obstante, no impiden razonar en una perspectiva de confrontación de analogías y, sobre todo, diferencias.

En segundo lugar, el uso de un pequeño marco estadístico –en relación con el ordenamiento español– ha sido decisivo para consolidar los índices utilizados para reflexionar sobre el voto particular, desde la tipología estructural de las discrepancias (votos particulares “por sentencia” y “por número de Magistrados”) hasta el nivel cuantitativo y subjetivo de estas.

Al mismo tiempo, el dato numérico también se ha mostrado bastante “elocuente”, permitiendo recabar de una pura simple sucesión de cifras varias consideraciones de interés sobre el desarrollo y la consolidación del voto particular en la jurisprudencia del TC español.

En relación con el ordenamiento italiano, la extensa recopilación histórico-doctrinal ha demostrado la existencia de un importante nexo entre el voto particular y la tradición jurídica anterior a la Unificación (1861), así como de un gran interés por parte de la mejor doctrina respecto de un elemento propio de modelos judiciales “extranjeros” y desde siempre considerado de manera sospechosa en Italia.

El cuadro estadístico aquí desarrollado se ha ceñido, como no puede ser de otra forma, a los casos de discrepancia (cada vez más numerosos) entre el Juez ponente y el Juez redactor de la sentencia en la *Corte costituzionale*. Ello no ha impedido que se individuara una cierta presencia latente del disenso respecto de las diferentes funciones del Tribunal constitucional y en relación con las más relevantes cuestiones sobre derechos fundamentales.

En relación con el modelo español, una evaluación de la estructura y evolución del voto particular conlleva, en primer lugar, la necesidad de considerar su historia plurisecular y la aceptación generalizada de la discrepancia formal, sobre todo a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Es por lo tanto necesario reflexionar brevemente sobre los efectos que del mismo se han derivado a nivel jurisdiccional y las consecuencias que se han producido en el equilibrio de poderes.

Considerando la utilización “histórica” de la discrepancia en el seno del TC, hay que destacar numerosos aspectos positivos que no son sino una traducción concreta de los perfiles teóricos reconducibles a la aceptación “conceptual” del voto particular.

A nivel estructural, no parece que hayan existido –excepto algunas reservas en sede constituyente (que culminaron en la introducción de una versión provisional del voto particular anónimo, por parte del Senado), superadas de inmediato– momentos de crisis respecto al tema de la “ruptura” de la unidad de la motivación de las sentencias o en lo que se refiere a las distintas razones jurídicas subyacentes a la solución mayoritaria y a (eventuales) opiniones minoritarias.

No obstante, puede señalarse al respecto la interesante contrariedad hacia el instrumento del voto particular por parte del Presidente emérito del TC Francisco Pérez de los Cobos (2013–2017), manifestada en un Congreso sobre el mismo tema, celebrado en la Universidad de Milán el 17 de marzo de 2017.

Por el contrario, debe afirmarse que la actividad del TC ha beneficiado grandemente de la plena publicidad de las decisiones judiciales y de las diferentes interpretaciones de todos sus componentes, en un ejercicio constante de transparencia que se ha convertido cada vez más –en una dimensión político-institucional– en índice el ímpara evaluar el correcto funcionamiento y la eficiencia de los órganos constitucionales según parámetros que incluso pueden definirse de calidad democrática. Como ya recordó P. Häberle, los votos particulares «son expresión de la ‘publicidad y carácter abierto de la Constitución’, de la apertura de sus intérpretes y del ‘pluralismo de la Constitución’, consecuencia, en último término, del tópico ‘tiempo y cultura constitucional’».

Otras precisiones pueden también desarrollarse en relación con las delicadas cuestiones de la independencia y politización del órgano de garantías constitucionales y de sus miembros, observadas a través de la lupa “procesal” del voto particular. Se ha subrayado en numerosas ocasiones la eficacia disuasoria del voto particular público y formal respecto de una posible utilización “patológica” de la función judicial.

En este sentido, cada Magistrado que forme parte de un órgano colegiado tiene que revelar su propia filosofía jurídica sobre las cuestiones que son objeto de decisión, asumiendo así su responsabilidad frente a todos (en primer lugar,

sociedad y Legislador) y sin poder “escondarse” detrás del secreto (en muchos aspectos hipócrita, cuando no incluso inexistente) de aquellos ordenamientos que no admiten el voto particular.

La ausencia de formalización de una discrepancia –tanto en el fallo como en la fundamentación– debe por lo tanto interpretarse como adhesión a la decisión final, con todas las consecuencias que de esta se derivan. Cuestión distinta –decisiva, en muchos aspectos, sobre la necesidad o inviabilidad del voto particular– es la que concierne la politización *ab externo* por parte de aquellas instituciones (sobre todo, Cortes Generales y Gobierno) llamadas a realizar los nombramientos que les corresponden.

En esta perspectiva, el voto particular representa el paradigma por excelencia de un habitual pero erróneo solapamiento entre las posibles criticidades de la discrepancia como categoría conceptual y aquellas que, derivándose de malas artes y costumbres foráneas a los órganos considerados, inciden negativamente sobre los mismos.

Dicho de otra manera: el hecho que el voto (particular o no) de un Magistrado del TC sea asociado de forma automática al partido político que propuso su nombramiento y, en consecuencia, a la ideología de este último, mantiene viva la suspicacia de que ese mismo Magistrado no sea nada más que un peón dependiente de los “trueques” de cargos y poder y, por tanto, falto de los requisitos de imparcialidad e independencia en el ejercicio de sus funciones.

En este sentido, y sin eludir que ser independiente no necesariamente conlleva ser imparcial (y vice versa), se ha afirmado que –más allá de quien efectúa formalmente los nombramientos y de las intenciones subyacentes– la autoridad depende sobre todo de la solidez de las argumentaciones empleadas y de capacidad de persuadir mediante la fuerza de los argumentos empleados.

En términos estructurales, la lamentable “guerra de las investiduras” vivida por el TC entre 2004 y 2010 y la dudosa –por no decir directamente inconstitucional– reforma (mediante Ley Orgánica 6/2007) de la duración del mandato de su Presidente¹ bien demuestran como dichos escenarios que se critican son imputables a las maniobras de los partidos, sin que se pueda atribuir alguna responsabilidad al TC o a sus miembros.

No obstante, también debe ponerse sobre la mesa la (discutible) gestión de las solicitudes “cruzadas” de recusación por este último, la cual se inscribe en un

1. Según la cual «si el mandato de tres años para el que fueron designados como Presidente y Vicepresidente no coincidiera con la renovación del Tribunal Constitucional, tal mandato quedaría prorrogado para que finalice en el momento en que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos Magistrados».

marco político-institucional constantemente crispado. Gestión que, si bien puede ser declinada en forma de contraste de interpretaciones en relación con las disposiciones normativas aplicables, ciertamente no ha contribuido de forma positiva a la (buena) imagen y percepción pública del TC.

«Las instituciones ganan o pierden prestigio por lo que hacen, pero también por lo que con ellas se hace»: con estas palabras el Presidente del Tribunal Constitucional Francisco Tomás y Valiente –trágicamente asesinado el 14 de febrero de 1996 por la banda terrorista ETA en su despacho de la Universidad Autónoma de Madrid– se despedía del mismo, el 8 de julio de 1992, después de seis años de Presidencia.

Recordando hoy su significado más profundo, dichas palabras no solo siguen siendo una advertencia para la garantía de la integridad y el buen funcionamiento de todas las instituciones del Estado, sino que también imponen la necesidad que tanto las mismas instituciones como aquellos que contribuyen a su conformación tengan consciencia de los efectos (positivos o negativos) que se podrían derivar de cada una de sus acciones.

En este sentido, a raíz de las argumentaciones desarrolladas en el presente trabajo de tesis, el voto particular se revela como una piedra tallada enormemente preciosa para ser dilapidada de manera impune. Por ello, es ahora necesario tomar posición sobre la posibilidad (y/o necesidad) de introducir el voto particular también en el ordenamiento italiano, con especial atención al modelo de justicia constitucional.

Como se ha destacado en varias ocasiones a lo largo de estas páginas, la caracterización “híbrida” de la discrepancia judicial –a mitad de camino entre instrumento judicial en sentido estricto y naturaleza intrínsecamente política (de quien elige los miembros de un Tribunal Constitucional, del órgano en sí o de los efectos reconducibles a sus decisiones)– conlleva que el favor o la contrariedad hacia su introducción y las argumentaciones empleadas se entrelacen con razones de oportunidad que atañen al equilibrio general del sistema de poderes institucionales.

En efecto, pretender razonar únicamente en términos jurídico-procedimentales significaría eludir la transversalidad de la cuestión fundamental, privándola de todas esas consecuencias “políticas” (*auctoritas* de la decisión, independencia del Poder Judicial, separación de poderes, etc.) que constituyen el verdadero campo de batalla, antes y más allá de los formalismos procesales.

Es evidente, por lo tanto, que el “conflicto” se desarrolla –en primera instancia– en el plano de la oportunidad, declinada en una triple vertiente: la voluntad de aceptar o no el voto particular; la conformación estructural de dicho instrumento y los efectos que se podrían derivar en el caso de admitir su existencia.

En primer lugar, se ha confutado la tesis según la cual el voto particular sería un elemento extraño a la historia y tradición jurídica italiana: en este sentido, si bien es cierto que el denominado *voto di scissura* –presente en importantes experiencias de Estados italianos pre-unitarios– no puede equipararse del todo al voto particular (siguiendo los índices estructurales que se han enunciado), es también cierto que la discrepancia pública, motivada y nominal se deriva de ese modelo “originario” de Derecho común, posteriormente desarrollado y adaptado a la evolución progresiva del ordenamiento jurídico.

En paralelo, el desarrollo de un importante debate doctrinal sobre este tema (desde la inauguración de los trabajos constituyentes hasta los primeros años del Siglo XXI y los tiempos más recientes) –debate al que no se han substraído muchos de los más importantes académicos italianos– demuestra la existencia de un interés no meramente abstracto, como también parece desprenderse de una suerte de “quiescencia” del espíritu del voto particular entre los muros (y los Magistrados) del Palacio de la Consulta, sede de la *Corte costituzionale*.

Finalmente, debe ser aquí destacada la tesis según la cual no parecen existir en el ordenamiento jurídico italiano –en términos de Derecho positivo y de principios fundamentales– obstáculos que puedan impedir la incorporación del Voto particular. En el contexto de la normativa super-primaria, una vez admitido el control de constitucionalidad sobre las mismas leyes constitucionales y/o de revisión constitucional (a raíz de la sentencia de 29 de diciembre 1988, n. 1146) respecto de los principios constitucionales fundamentales, no parece vislumbrarse ninguna contradicción entre voto particular y preceptos supremos del texto constitucional.

De hecho, la única posible “limitación” históricamente esgrimida en este sentido –es decir, la posible connotación constitucional del principio del secreto de las deliberaciones judiciales– ha sido refutada por la *Corte costituzionale* con sentencia de 18 de enero de 1989, n. 18, la cual ha reconocido la inexistencia de un nexo funcional entre el principio de independencia judicial y el secreto de la decisión misma.

Ello no quita, no obstante, que una introducción del voto particular (siguiendo la estela del modelo español) debería llegar a ser consecuencia de una aceptación y un consenso los más amplios posibles entre *Corte costituzionale* e instituciones políticas, más aun cuando se considere la rigidez que se deriva de la formalización de una disposición constitucional y la dificultad de “revertir” una innovación normativa de este tipo.

Además, siguiendo un razonamiento de introducción “progresiva” del voto particular –en la misma perspectiva del *BVerfG* alemán– la utilización de la fuente constitucional debería representar el momento conclusivo de un camino compartido y no un incierto punto de partida, sobre todo a raíz de la imposibilidad de prever de antemano las posibles consecuencias.

En este sentido, tampoco la aceptación por medio de una ley ordinaria conllevaría problemas en términos normativos: no obstante, cabe destacar que los posibles (y no tan irreales) temores sobre una utilización partidista de los debates parlamentarios –sin las salvaguardas del procedimiento agravado de revisión constitucional y con evidentes recaídas sobre la utilización e interpretación del voto particular– podrían suscitar ciertas reticencias acerca de la necesidad de actuar de esta forma.

En cualquier caso, siempre queda a disposición el recurso a la (auto)normación por parte de la *Corte costituzionale* mediante su propio Reglamento. En primer lugar, el origen “apolítico” de tal fuente del Derecho, plenamente equiparable –en términos de posición jerárquica y eficacia normativa– a los actos parlamentarios ordinarios, podría garantizar la posibilidad de superar, desde un primer momento, todas aquellas suspicacias de *lottizzazione* que siempre han caracterizado este tipo de debate.

Además, considérese, en la misma dirección, la conformación formal del órgano de garantías constitucionales italiano (art. 135 Cost.); conformación que, en concreto, ha demostrado su idoneidad para garantizar el carácter *super partes* y la imparcialidad “estructural” respecto de las posibilidades de control político-parlamentario a las que se ha hecho referencia en relación con el TC español.

Así, aun considerando –por absurdo– que los Magistrados de elección parlamentaria hayan sido objeto de un condicionamiento político “exitoso”, se puede contra-argumentar que dicha influencia política se vería equilibrada (cuando no neutralizada) por los otros dos tercios de la *Corte Costituzionale*, respectivamente nombrados por los máximos órganos de la Justicia ordinaria, de lo contencioso-administrativo y del Tribunal de Cuentas y por un órgano de garantía institucional, falto de poderes de dirección política (Presidente de la República).

Dicha preferencia normativa por la fuente reglamentaria no implica, no obstante, privar al Legislador de su función principal: en efecto, si bien es cierto que la disciplina de los aspectos del funcionamiento procedimental de la *Corte* están demandados (y así lo considera la doctrina mayoritaria) a esta última según el criterio de competencia –siendo evidente que el voto particular debe incluirse en esa categoría– nada impide incluso una revisión de la Constitución que sea fruto de una aceptación después de un razonable periodo “de observación”, con un órgano de garantías constitucionales que opere como supervisor privilegiado.

Además, la fuente reglamentaria está dotada de una flexibilidad suficiente para garantizar una suerte de actualización continua por parte de ese mismo órgano llamado a emitir potenciales votos particulares, evitándose al mismo tiempo petrificaciones que podrían bloquear el ordenamiento y garantizando también una posible “(auto)supresión” en el caso de producir efectos del todo negativos.

Concluyendo, más allá de los esquemas formales y de las reflexiones abstractas, sigue manteniendo toda su actualidad la enseñanza del Profesor (y Magistrado emérito del TC) Manuel Aragón Reyes, según la cual «el Derecho no puede hacerlo todo, aunque sin el Derecho no pueda hacerse nada. El Derecho ayuda, pero no resuelve por sí solo los problemas»².

Parece, en efecto, bastante evidente que las razones jurídico-judiciales que subyacen al debate que aquí se aborda en realidad encuentran un terreno más fértil (sobre todo en una óptica contraria) en el contexto político e institucional de relaciones y equilibrios entre poderes del Estado: no parece razonable, por lo tanto, que el péndulo oscile en una única dirección, ya que se amputaría la discusión de esa otra “mitad” que contribuye de manera significativa a la celebración o a la crítica de la discrepancia formal.

Sería, además, necesario que el debate volviera a estar presente también en el mundo académico, reanudando los hilos de una dialéctica entre voces doctrinales que ha producido notables reflexiones –gracias a la enseñanza de los grandes Maestros del Derecho constitucional italiano– y en el cual el aporte concreto de los Magistrados constitucionales ha sido fundamental, como ya demostró el Seminario sobre la *opinione dissenziente* celebrado en la sede la *Corte costituzionale* los días 5-6 de noviembre de 1993.

Solo esta sinergia entre política, doctrina académica y jurisdicción, además de la asunción de las correspondientes responsabilidades decisorias –esenciales en la introducción del *Sondervotum* alemán– podrá garantizar que cualquier reflexión sobre el voto particular asuma la importancia que verdaderamente merece, sin que el temor hacia algo jamás experimentado pueda impedir un debate amplio y razonado sobre un tema que atraviesa de manera transversal los puntos medulares de cualquier ordenamiento constitucional.

El modelo alemán podría así representar un primer punto de partida y el español (mejor estructurado y culturalmente más cercano) la conclusión ideal para la definitiva consagración del voto particular también en Italia, aprovechando las fértiles “porosidades” de la comparación jurídica.

2. M. ARAGÓN REYES, *La reforma del Estado autonómico: mejora y no sustitución del modelo*, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 10, 2019, p. 197.

Educación diferenciada: Un reto para la lucha por la igualdad en la educación

María Esperanza
Gonzalvo Cirac

Doctora por la Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. El método pedagógico de la educación diferenciada y el carácter propio de los centros docentes
- III. Razón de ser de la educación diferenciada: los resultados la avalan
- IV. La educación diferenciada en España
- V. Conclusiones

NOTA BIOGRÁFICA:

María Esperanza Gonzalvo Cirac es licenciada en Derecho por la Universidad de Navarra y Doctora con mención *Cum Laude* por la Universidad Nacional de Educación a Distancia en 2021. Desde 1996 ejerce como abogado y ha impartido clases de Derecho Constitucional en la UNED. Actualmente, además, es profesora en el Máster de Derechos Humanos de la Universidad Internacional de La Rioja. Sus principales líneas de investigación versan sobre veracidad informativa y libertad ideológica; libertad de expresión y protección de la infancia y la juventud; libertad de educación; y objeción de conciencia.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva LOMLOE, Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre (la conocida como Ley Celaá), por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, no puede dejarnos indiferentes. No sólo por el momento en que el Gobierno aprovechó su tramitación formal en las Cortes Generales –la situación de estado de alarma declarada en España el 14 de marzo de 2020–, sino también por los objetivos que concreta su Exposición de Motivos, que pueden resumirse en “revertir los cambios promovidos por la LOMCE, especialmente aquéllos que encontraron mayor oposición”. Además, la mayoría gubernamental introdujo por vía de enmienda importantes modificaciones al proyecto, hurtando de este modo a los órganos colegiados (Consejo Escolar del Estado, Consejo de Estado, etc.) que debían informar el proyecto la posibilidad de hacerlo.

Sin embargo, la intención de este artículo, y de la tesis doctoral que lo precedió, no es comentar la nueva ley de educación en general, ni su Exposición de Motivos, ni siquiera el momento elegido por el Gobierno actual para tramitar la ley, sino analizar una de las puertas que la ley dejó abierta –o más bien cerrada, porque siempre que se limitan derechos fundamentales, se cierran puertas a la libertad de los ciudadanos–: la ley prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan decidir no renovar el concierto educativo a los centros privados que han elegido como método pedagógico la educación diferenciada por sexos.

En los últimos 20 años, la batalla de la educación diferenciada no ha sido tanto social como política y judicial. El debate sobre el modelo pedagógico de educación diferenciada habitualmente no está en la calle, pues los centros que incluyen en su carácter propio ese modelo pedagógico no alcanzan en España ni el 1%. Y, sin embargo, mucho hemos oído hablar a los políticos de los centros escolares que incluyen en su modelo pedagógico la metodología de la educación diferenciada. De este modo, hemos sido testigos de cómo los vaivenes políticos ajetean la sociedad.

Resulta sorprendente que en el tercer trimestre de 2020, en plena pandemia y aún en estado de alarma, en la página web del Ministerio de Educación se expusiera como una de las principales razones para modificar la anterior ley educativa (la conocida como Ley Wert) la de acabar con la financiación pública de los centros de educación diferenciada, pues ésta no es ni mucho menos una de las principales preocupaciones de los ciudadanos en materia educativa.

Habitualmente, las razones que esgrimen los contrarios a la educación diferenciada son ideológicas. Por ejemplo, uno de los recurrentes (en concreto, el sindicato UGT-FETE) en el Recurso de Casación 3356/2000, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que originó la Sentencia 4300/2006, alegaba como fundamento de su recurso, entre otros aspectos, la supuesta vulneración del artículo 14 (por calificar los centros de educación diferenciada concertados como “de élite”), y en la posible vulneración del artículo 16 (por pertenecer, decían, esos colegios a un grupo religioso e impedir la admisión de alumnos que no participen de sus creencias religiosas): la lectura de ese recurso jurisdiccional ante los tribunales basta para darse cuenta que, en España, la discusión sobre idoneidad de la educación diferenciada y si ésta debe ser concertada o no, tiene un único fundamento, que es el ideológico, por mucho que la quieran disfrazar de discusión pedagógica o jurídica.

¿Puede decirse de Altair que es un colegio elitista? Altair está situado en uno de los barrios más pobres no sólo de Sevilla, sino de España. ¿Puede decirse que es elitista Tajamar, en el madrileño barrio de Puente de Vallecas? Es el distrito de menor renta de Madrid y uno de los distritos de mayor índice de delincuencia, absentismo y fracaso escolar. ¿O puede hacerse esa afirmación de Xaloc, en Hospitalet de Llobregat?

Por ejemplo, en Madrid hay 16 centros concertados diferenciados, y 13 de ellos están en distritos o municipios cuyo nivel de renta es inferior a la media de Madrid. Si se cuentan también los centros no concertados, es decir los privados, hay un total de 26 escuelas, y 14 de ellas están en zonas de renta inferior a la media.

En la tesis doctoral que llevó por título “El ideario o carácter propio de los centros docentes: libertad de elección en la educación y educación diferenciada” se pretendió hacer una recopilación de datos y razones objetivas por las que consideramos que puede ser muy alentador para las libertades y enriquecedor para

los niños que las familias puedan optar entre un centro escolar coeducativo o uno de educación diferenciada.

De igual modo que la coeducación no es el paradigma de la educación en libertad por el simple hecho de impartir coeducación, la educación diferenciada no es *per se* discriminatoria. Lo sería si los profesores tuvieran cualificaciones diferentes, los locales o las instalaciones fueran de peor calidad unos que otros, el currículo lo formarían asignaturas diferentes o las materias se impartieran con una calidad o materiales distintos, o las pruebas de evaluación respondieran a criterios injustificadamente desiguales, todo ello motivado solo por el sexo de los alumnos.

II. EL MÉTODO PEDAGÓGICO DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA Y EL CARÁCTER PROPIO DE LOS CENTROS DOCENTES

La educación diferenciada es un modelo pedagógico que consiste en la escolarización separada de niños y de niñas, es decir, escolarizar niños y niñas en distintos centros educativos, o por clases dentro de un mismo centro escolar (en todas o en algunas asignaturas), a fin de obtener mayores y mejores resultados académicos y formativos en general.

Parte de la doctrina se refiere a la educación diferenciada como “segregadora”: debemos poner de manifiesto, y dado que no es baladí el uso que se hace del lenguaje, y que la moderación y el respeto empiezan por éste, que el uso del verbo “segregar” para referirse a la educación diferenciada refleja cierta intención estigmatizadora hacia los defensores de ese método pedagógico. No consiste en *segregar* –verbo que connota no sólo separación sino marginación y trasluce además un claro tono peyorativo–, que sería separar por sexos para dar un trato de inferioridad a uno de los sexos, sobre el otro, con intención de marginar. Además, para hablar de segregación se requiere un resultado perjudicial para los supuestamente “segregados”.

El objetivo prioritario de la educación diferenciada actual es precisamente el contrario: partiendo de las diferencias entre los sexos, las acepta como enriquecedoras, eliminando las discriminaciones, luchando por alcanzar el objetivo de la igualdad de oportunidades, en definitiva, se pretende encontrar el equilibrio entre el reconocimiento de la diferencia y la garantía de la igualdad de oportunidades entre sexos.

Se trata, por tanto, de abordar de distintas maneras un mismo proyecto educativo –sin que el resultado tenga que ser distinto para ambos sexos–, aplicando los mecanismos más adecuados a cada sexo –que es lo que hace que el resultado sea más satisfactorio y eficaz–. No se trata sólo de conseguir mejores resultados, sino sobre todo de facilitar el acceso a esos mejores resultados a más personas, por utilizar unos medios más accesibles a más personas (según su sexo).

En la tesis doctoral, en el capítulo dedicado a la historia de los derechos educativos en España, ha quedado patente cómo con la Constitución de la República Española (1931), que proclamaba la escuela única, gratuita y obligatoria en la etapa de la educación primaria, parecen haberse cambiado “las tornas” en España: desde entonces la derecha defiende la libertad de enseñanza y la izquierda la escuela estatal y única.

No se ha podido pasar por alto –hubiera sido injusto no detenernos– a valorar el esfuerzo por el consenso que llevó a la aprobación del actual artículo 27 de la CE, resultado del intento de puesta en común de dos modelos educativos absolutamente dispares: Por un lado, el grupo socialista, con el objetivo de conseguir una escuela única, gratuita y estatal. Por otro lado, la derecha, que defendía la libertad absoluta de enseñanza y el pluralismo escolar.

Analizando los conceptos de educación, enseñanza, la doble dimensión del derecho a la educación, su naturaleza, titulares, garantías y límites, nos hemos detenido brevemente en la libertad de cátedra, que precisamente tiene como límite la libertad de creación de centros docentes y el ideario de éstos, con base en la libertad de los padres de elegir el centro escolar que prefieran para sus hijos. El hecho de que el carácter propio del centro, con base en la libertad de elección de colegio de los padres para sus hijos, llegue a ser límite de la libertad de cátedra, nos da la medida de la importancia que tiene el carácter propio de los centros escolares. En palabras del Tribunal Constitucional, el ideario es el mecanismo que posibilita el ejercicio del derecho de creación de centros y del derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos.

III. RAZÓN DE SER DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA: LOS RESULTADOS LA AVALAN

En primer lugar, partimos de la diferenciación varón-mujer, con una determinación biológica del sexo y unas diferencias cerebrales, que hacen que las aptitudes, tendencias y comportamientos de un sexo y otro sean distintos. Mantenemos que partir de la igualdad entre varón y mujer no anula las diferencias entre ambos: no puede ignorarse completamente la configuración natural. Por eso en nuestro trabajo no hablamos de género, sino de sexo.

En el ámbito de la educación, consideramos como objetivo principal de la educación tratar personalmente a cada sujeto titular del derecho a la educación, teniendo en cuenta sus características propias (sociales, económicas, formativas, culturales, familiares, académicas, sexuales, etc): la persona en su conjunto, en definitiva. De ese modo, se pueden adquirir o corregir las aptitudes o habilidades más escasas o menos desarrolladas, optimizando o potenciando sus habilidades.

Hasta finales del siglo XX algunos grupos feministas se oponían al estudio de las diferencias entre los sexos, por considerar que respondía a razones machistas

políticas o ideológicas, no científicas. Les daba miedo “tirar por la borda” los logros femeninos conseguidos durante la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, esa opción de radicalización feminista ideologizó más el debate, perjudicando sin duda a las mujeres, porque se dificultó el estudio científico de esas diferencias, obstaculizando la puesta en marcha de medios que facilitaran las potencias genuinamente femeninas.

Esas aptitudes diferentes entre los sexos se manifiestan en el modo de enfrentarse a los problemas, en la convivencia con los compañeros, en el trato con los profesores, en la dificultad para aprender matemáticas o enfrentarse a programaciones informáticas o de tratamiento de datos e información, en la tendencia hacia las lenguas, en la habilidad para tratar con los demás y en la elección de carreras universitarias y su rendimiento (los niños tienden a optar por las carreras de Ciencia y Tecnología y de Tecnología de la Información y las niñas por las ciencias de la salud y de servicio a los demás). De hecho, no en vano la mejor competencia en matemáticas favorece a los niños, y la mayor competencia lectora favorece a las niñas.

En conclusión, los chicos y las chicas tienen distintos ritmos madurativos, así como diferentes métodos de aprendizaje, y distinto procesamiento de las emociones, de las motivaciones y de los intereses. Académicamente, está demostrado que las niñas se concentran mejor y están más motivadas.

En el ámbito estrictamente físico, se ha constatado que desde los tres años los niños controlan mejor la musculatura axial (la cercana al tronco), y las niñas la distal (la más alejada del tronco). Debido a esta diferencia, los niños son mejores y más habilidosos en la motricidad gruesa y en las acciones que requieren de la movilidad de grandes grupos musculares y de coordinación, mientras que las niñas tienen mejor motricidad fina, por lo que son mejores en tareas que requieren de precisión y movimientos controlados como la escritura.

La existencia de estas diferencias hace que, para alcanzar un máximo resultado, se deba ofrecer una educación más acorde con las necesidades de cada uno de ellos, atendiendo particularmente a la diversidad.

Es por ello que los partidarios de la educación diferenciada consideran que este método pedagógico es más sensible a las diferencias en el proceso de madurez de chicas y chicos, y aporta una igualdad educativa para las niñas; proporcionándoles mejor rendimiento académico, mayor desarrollo de la competencia en matemáticas, ciencias y tecnología; así como un aumento de la autoestima. De hecho, las aulas diferenciadas por sexo se implantaron de manera pionera en Dinamarca, a finales de los años 80, en un intento por dotar de un espacio propio a las chicas y de incrementar la confianza en sí mismas.

De este modo, la agrupación diferenciada por sexo se concibe como un recurso pedagógico más personalizado para el logro de una igualdad de oportunidades

real entre los sexos pues se transmite enseñanza y educación en general mediante un tratamiento pedagógico distinto en función de las necesidades de cada sexo, sin presuponer en absoluto que el sexo determine, en el futuro, la orientación académica, laboral o social de los alumnos o alumnas.

El método pedagógico de la educación diferenciada pretende que niños y niñas aprendan lo mismo, pero recorriendo distintas sendas en el proceso de adquisición de conocimientos, con el propósito de que los docentes puedan desarrollar estrategias de aula más adaptadas a uno u otro sexo, utilizando los métodos más adecuados y asequibles para cada sexo. De hecho, la propia Comisión Europea recomienda a los países de la Unión Europea tener en cuenta las diferencias que se constatan objetivamente entre los sexos, para mejorar los resultados educativos de cada país.

Puestas de manifiesto esas diferencias, en el trabajo de investigación se han reflejado estudios e investigaciones que analizan cómo la educación diferenciada puede aminorarlas, consiguiendo la anhelada igualdad entre varones y mujeres, aun partiendo de esas diferentes aptitudes y comportamientos, de manera que ni niños ni niñas se vean perjudicados por sus propias tendencias.

Algunos científicos coinciden incluso en la opinión de que el aumento del fracaso escolar y de enfermedades psicológicas relacionadas como el Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad o la anorexia pueden tener su origen, entre otras causas, en el desprecio a las diferencias sexuales, en concreto, a las diferencias en el aprendizaje.

Sin embargo, el debate en ocasiones tiene poco de científico, y es mucho lo opinado. Pocas son las mediciones realizadas con métodos apropiados y con resultados fiables que puedan aportar información seria. Numerosas investigaciones y mediciones son cuestionadas por deficiencias en la metodología o por falta de control de variables intervinientes. Hay que tener en cuenta también que en los últimos años ha intervenido una variable difícilmente medible, como es la incorporación casi absoluta de la mujer a la educación y al trabajo fuera del hogar. Además, hay que considerar la escasa presencia de centros de educación diferenciada, que hace difícil la identidad de variables que puedan hacer fiable una estadística o estudio comparativo.

A partir de los años 90, fuera de España, aunque se mantuvieron algunas diferencias importantes en los niveles más avanzados de matemáticas y ciencias de los niños sobre las niñas, se redujeron bastante las diferencias en los resultados en el rendimiento académico en general, sobre todo debido al aumento de programas especiales dirigidos principalmente a aumentar el rendimiento académico de las alumnas, especialmente en esas materias de matemáticas y ciencias. A tal fin, se pensó en las escuelas de educación diferenciada como solución para paliar esa diferencia en el rendimiento escolar de las niñas, incluso como solución ante la discriminación sexista que la educación mixta no había sabido ni había podido

evitar y que, incluso, indirectamente, podría favorecerla. Y el proyecto tuvo su fruto, pues se empezó a comprobar que, gracias a esas escuelas de educación diferenciada, había mayor número de niñas que cursaban más asignaturas de matemáticas y ciencias en el instituto y en la universidad, que obtenían mejores notas que los niños, incluso llegaba a haber más licenciadas que licenciados.

Atendiendo a esta extensa literatura, en la última década del siglo XX, en EEUU se abrieron centros femeninos privados, con el principal objetivo de reducir el descenso en el rendimiento académico de las niñas respecto a los niños en matemáticas, ciencia y tecnología. Y se consiguió: este tipo de enseñanza diferenciada por sexos permitió que niños y niñas eligieran con mayor libertad materias no vinculadas tradicionalmente a su sexo – precisamente por la ausencia de estereotipos por razón de sexo-, posibilitando de ese modo que se pudieran abrir a un mayor abanico de materias que en los centros mixtos.

En Bélgica, se hizo un estudio basado en los datos del LOSO, con una muestra de 4131 alumnos, de entre 13 y 14 años, de los cuales 1973 eran niños y 2158 eran niñas, pertenecientes algunos a escuelas de educación diferenciada y otros a escuelas mixtas: extrañamente, los resultados probaron que las niñas de educación mixta obtenían peores resultados que los varones en lengua; y las niñas de educación diferenciada progresaban más en matemáticas que las niñas de otras escuelas.

En Gran Bretaña, en un estudio financiado por el gobierno británico realizado en el año 2009, comparando los resultados de Secundaria de 71.286 alumnas de escuelas femeninas frente a los de 647.691 niñas de escuelas mixtas, concluye que las niñas que estudian en escuelas femeninas tienen mejores resultados que las que estudian en escuelas mixtas.

En Australia se realizó un estudio en el año 2001, sobre las 1479 escuelas diferenciadas, de las cuales 139 eran públicas. Se realizó un seguimiento de la evolución de 270.000 estudiantes durante 6 años. El informe llegaba a la conclusión de que los alumnos educados en aulas de un solo sexo habían obtenido mejores resultados académicos (entre un 15% y un 22% mejor) que los que iban a escuelas mixtas.

Unos años después, quedó patente esa superioridad de las escuelas diferenciadas sobre las mixtas, por ejemplo, en los resultados obtenidos en las pruebas *A level* del año 2015, pues de las 100 primeras escuelas hubo 59 centros de educación diferenciada (37 de chicas y 22 de chicos). El resultado es importante, pues no hay que olvidar que sólo un 2% de las escuelas públicas son de educación diferenciada, por lo que (en un ranking de 100) sólo dos tendrían que ser diferenciadas, y lo fueron 59.

También en Corea del Sur –país donde la asignación de centro ya sea diferenciado o mixto, es aleatoria, por lo que los resultados de las investigaciones sobre esta materia son más fiables que en otros países- se han realizado estudios que

concluyen con la demostración sólida de la ventaja de los alumnos de centros de educación diferenciada sobre los de centros mixtos.

En 2012, profesoras de universidades de Australia desarrollaron un plan de estudios de un semestre que se llevó a cabo durante 4 años entre niñas de 14 a 16 años, para llamar la atención de las tecnologías en las niñas, aumentar su confianza en éstas y alentarlas en la elección de estas materias, mediante el diseño de materiales que fueran más atractivos para las niñas, entre los que destacaron los trabajos en equipo y creativos. A la finalización de la aplicación del plan de estudios se pudo constatar que el programa tuvo resultados muy positivos entre las niñas: la confianza de las niñas hacia las tecnologías de la información mejoró y aumentó su interés hacia esas materias y por estudiar algún grado relacionado con éstas, dejando de pensar que eran estudios sólo para hombres.

De los pocos estudios existentes que sirven de apoyo a los defensores de la coeducación como único modelo pedagógico, el principal es el realizado por PAHLKE, HYDE y ALLISON, con el que se pretende sepultar a la educación diferenciada. En él se valoraron las puntuaciones de las pruebas de lectura de más de 200.000 jóvenes durante 15 años de más de 8.000 escuelas mixtas de todo el mundo. En este estudio no se valoraron las puntuaciones de los centros de educación diferenciada; es más, prácticamente ni siquiera nombra estos centros, más que para señalar que los datos de esas escuelas de un solo sexo fueron excluidos del estudio. Por tanto, carece de rigor tomarlo en cuenta para valorar a los centros de educación diferenciada.

Motivados por estos buenos resultados, la educación diferenciada se fue abriendo camino fuera de nuestras fronteras. De este modo, se van instaurando proyectos piloto en zonas muy discriminatorias hacia la mujer, como el barrio del Bronx en Nueva York o zonas rurales de Latinoamérica, con los que se obtienen muy buenos resultados de mejora académica, de socialización, de sensibilización hacia los más desfavorecidos o diferentes, de formación y preparación profesional, etc.

Al principio, con la apertura de centros de iniciativa privada o social; un poco después con la adopción de medidas, por parte de los poderes públicos, de fomento y ayuda para la apertura de estos centros; poco después con la apertura incluso de centros de iniciativa estatal.

El caso de EEUU es paradigmático: en 1975 se prohibió la enseñanza diferenciada en los centros públicos. En la década de los 90, varios senadores republicanos empezaron a plantear la injusticia de que ellos pudieran llevar a sus hijos a centros diferenciados, y que otros americanos no pudieran. Muchos republicanos reaccionaron inmediatamente criticando la educación diferenciada, por considerarla segregacionista. El debate fundamentado en la discriminación llegó a su fin cuando la senadora demócrata Hillary Clinton apostó por la educación diferenciada por equidad social.

En ese momento, el gobierno federal de los Estados Unidos mostraba preocupación por los resultados académicos de la educación primaria y secundaria; la degradación de la calidad de la educación; el aumento del fracaso escolar, del absentismo y la violencia en los institutos, de embarazos entre adolescentes, de delincuencia callejera y consumo de drogas entre los jóvenes. En un principio, no se pensó en el factor sexual como determinante de este problema educativo, sino en las enormes diferencias socio-económicas que hay en el país (diferencias raciales, de inmigración, la presencia de minorías, incluso el gran aumento de divorcios). Hasta que un estudio señaló a las niñas como principal grupo en desventaja en el ámbito educativo.

Con tal motivo, en el año 2005, el Departamento de Educación de dicho país encargó la confección de una revisión sistemática de la literatura comparando la educación separada por sexos y la coeducación. Este análisis concluye que existen suficientes datos favorables hacia la consideración de que las escuelas de educación diferenciada pueden ser más beneficiosas para alcanzar mejores resultados académicos, en las pruebas de rendimiento de todas las materias, y que se objetiva tanto en hombres como en mujeres, y tanto en escuelas de educación primaria como en las de educación secundaria.

Un ejemplo modélico es el obtenido en el Young Women's Leadership School de New York, centro de niñas que se creó en el barrio del Bronx, socialmente marginado. En este centro, en el año 2002, el 96% de alumnas consiguieron ingresar en la universidad, frente al 50% de media que lo consiguieron en Nueva York. Esta estadística se ha mantenido: en el año 2006, donde el citado centro obtuvo el primer lugar en la ratio de graduación, con un 100%. En 2007, este indicador fue del 97%, frente al 50% de media que se mantuvo en la ciudad de Nueva York.

Como resultado de la investigación realizada en EEUU en 2005, en 2006 el mismo gobierno emitió una regulación que permitía que las escuelas públicas de ese país pudieran ofrecer sus servicios tan solo para determinado sexo.

De hecho, es significativo que los mayores resultados en equidad durante el período de 2006 a 2015 se produjeron en los EEUU, ¿tendrá algo que ver en ese resultado la apuesta de este país por la educación diferenciada?

En los estudios expuestos en la tesis doctoral, se puede comprobar cómo el método pedagógico de la enseñanza diferenciada por sexos no está acotada a una ideología ni a una religión, ni siquiera a una creencia o tendencia, pues políticos de muy diferentes tendencias son partidarios de este método pedagógico, encontrando apoyos tanto entre las que se conocen como posturas conservadoras como entre los conocidos como progresistas. Dentro de estos últimos, se encuentran también movimientos feministas.

Los defensores de la educación diferenciada defienden la libertad de elección de modelo educativo, considerando que se deben fomentar por igual ambos modelos

educativos, a fin de conseguir mayor eficacia y resultados favorables en la educación de los niños de ambos sexos, buscando el equilibrio entre el reconocimiento de la diferencia y la garantía de la igualdad entre los sexos, pues lograr la igualdad es uno de sus objetivos.

IV. LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA EN ESPAÑA

En España, la opción de la educación diferenciada tiende a reducirse prácticamente a las rentas más altas pues, cada 4 años, el cambio de gobierno central o autonómico dificulta el concierto escolar que el anterior gobierno ha permitido, lo que implica una discriminación y gran inseguridad a las familias que han optado por este modelo educativo.

En España, donde constantemente se intenta estrangular el modelo de educación diferenciada, las diferencias en resultados académicos entre niñas y niños no se han acortado suficientemente con el paso de los años, sino todo lo contrario, están aumentando. De acuerdo con los datos PISA, con un escenario actual en España de más del 99% de centros mixtos, la brecha entre chicos y chicas está aumentando, lo que lleva a confirmar el fracaso de la escuela mixta en lo que se refiere a la lucha contra la desigualdad entre hombres y mujeres. De hecho, en España hay mayor diferencia entre chicos y chicas en matemáticas y ciencias que respecto a la OCDE y, sin embargo, la diferencia que existe a favor de las chicas en lectura es menor que comparativamente con los de la OCDE.

En el trabajo se analiza con profundidad la jurisprudencia habida en España, en donde la educación diferenciada ha tomado unos derroteros tan distintos al resto de los principales países a nivel mundial.

La jurisprudencia ha ido cambiando en función de la ley educativa que estuviera vigente. De este modo, antes de 2008, fue favorable a la libertad de educación, admitiendo sin problema la educación diferenciada y su concierto escolar.

A partir de ese año 2008, con la aplicación de la LOE del año 2006, se interpretó como discriminatoria por razón de sexo lo que sólo era una diferenciación por razón de sexo. Porque, evidentemente, en España, en un Estado social y democrático de Derecho como el que tenemos, una escuela discriminatoria por cualquier razón no sólo no sería financiable con dinero público, sino que sería reprobable, por lo que no se le concedería la licencia de apertura y funcionamiento como centro escolar.

Y esto es así con base en nuestra Constitución. Pero carecería de rigor olvidar nuestra apertura al Derecho Internacional: el artículo 9 b) de la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, de 1967, instaba a los Estados a adoptar las medidas para equiparar los derechos educativos de hombres y mujeres, ya fuese en establecimientos de enseñanza mixta o diferenciada,

considerando ésta última compatible con la enseñanza para ambos sexos y, en definitiva, no discriminatoria. Del mismo modo reconoció su existencia como no discriminatoria la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1979.

Estas ideas se reiteran en textos posteriores, como la Observación General de 1999 (muy reciente, por tanto) del Comité de la ONU sobre derechos económicos, sociales y culturales al artículo 13 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho a la educación, que sigue el mismo criterio y refrenda la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960 -admitiendo la excepción a la regla general de la coeducación, siempre que se garantice que no supone una discriminación injustificada en los términos ya apuntados-.

A mayor abundamiento, la Observación General núm. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 2001, hace referencia en varias ocasiones a la necesidad de adaptación de los métodos pedagógicos a las necesidades de los niños, que permita el fomento y desarrollo de su personalidad según sus capacidades, lo cual podría justificar que se utilice la educación diferenciada como método pedagógico, adaptando los centros educativos y los grupos de alumnos a las capacidades de los menores, buscando la mejor forma de fomentar su desarrollo personal.

Como decíamos, nuestro Tribunal Supremo, aun admitiendo que la educación diferenciada no puede considerarse discriminatoria, paradójicamente admite que los centros de educación diferenciada se puedan excluir de la financiación pública si así lo prevé la ley, fundamentándolo en que se trataría de una cuestión que entra dentro del margen de discrecionalidad del legislador, sin plantearse su dimensión constitucional, como sí hará más adelante el Tribunal Constitucional.

Con la LOMCE de 2013, y la hábil referencia que hace a los conciertos que fueron revocados con la vigencia de la ley anterior, los centros de educación diferenciada vuelven a tener la jurisprudencia a su favor, debido a ese, a nuestro modo de ver, erróneo fundamento legal que el TS da a la cuestión.

Por fin, en 2018, nuestro Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse, y lo hizo de manera muy favorable a la libertad de educación y, por tanto, a la educación diferenciada.

En la actuación del Tribunal Constitucional parece entreverse una voluntad de querer zanjar la cuestión por completo. Sin embargo, y a la vista de la recientemente aprobada LOMLOE, la ya citada ley Celaa, el Tribunal Constitucional no consiguió su objetivo. De los cuatro votos particulares que hubo, firmados por cinco Magistrados, se desprende el debate ideológico que envuelve esta cuestión en España, pues en todos ellos se esgrimieron más razones ideológicas que jurídicas.

Sin embargo, la Sala sí se pronuncia desde el punto de vista jurídico, pues claramente caracteriza a la educación diferenciada como instrumento principalmente pedagógico. Y además lo hace de manera contundente: No siendo discriminatoria, dice el Tribunal Constitucional, no se le puede dar un trato desigual -sería discriminarla-, por lo que merece ser tratada en condiciones de igualdad a la educación mixta.

Parte de la doctrina echó de menos que la Sala no se fundamentara más en razones de libertad ideológica, por el riesgo de que “una mera opción pedagógica” se pueda reducir a un simple criterio de selección de alumnos, como en varias ocasiones ha hecho el Tribunal Supremo. Consideran que la cuestión de la educación diferenciada en España no puede reducirse a una opción pedagógica, sino que es una opción legítima de elección de sistema de educación, debiendo considerarse una opción filosófico-pedagógica escogida en libertad.

De todos modos, debe admitirse que al final -de manera escasa, para esa parte de la doctrina-, el Tribunal Constitucional sí hace una breve referencia a que se trata de una cuestión que no afecta sólo a la libertad de creación de centros docentes y el respeto a su ideario, sino también al derecho de los padres a elegir centro docente, con base en su derecho a elegir la formación religiosa y moral que libremente quieren para sus hijos.

En conclusión, no cabe duda que el método pedagógico de la educación diferenciada debe tener encaje en el marco educativo español, y en las mismas condiciones de igualdad que los demás centros en el acceso a la financiación pública.

V. CONCLUSIONES

A la vista de todos los estudios y resultados que avalan el método pedagógico de la educación diferenciada, resulta obligado que nuestras conclusiones comiencen partiendo de las propias conclusiones que establece la Sala de lo Contencioso-Administrativo de nuestro Tribunal Supremo en su sentencia

250/1985, de 24 de enero, haciéndose eco de lo manifestado por nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 5/1981, de 13 de febrero:

1. Que la libertad de enseñanza reconocida en el artículo 27 de la Constitución Española “*puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones*”.
2. Que esta libertad de educación -que propiamente es libertad de educación, pues se proyecta más bien sobre este ámbito, y no sobre la enseñanza como transmisión de conocimientos científicos- implica el derecho a crear

instituciones educativas (artículo 27.6 CE) y el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (artículo 27.3 CE).

3. Que la libertad de creación de centros docentes es la *manifestación primaria* de la libertad de educación, pues supone la *inexistencia de un monopolio estatal docente* y, por tanto, la *existencia de un pluralismo educativo* institucionalizado.
4. Que sólo mediante el respeto a estos dos derechos -la libertad de educación y la libertad de creación de centros docentes- es el único modo en que se respeta ese otro derecho constitucional, también citado, proclamado en el artículo 27.3 de la CE, como es el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos y que sea acorde con sus propias convicciones.
5. Que precisamente en este derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos es donde encuentra justificación el derecho que tienen los centros privados a establecer su carácter propio o ideario, que evidentemente nunca podrá ser contrario al ideario educativo de la Constitución Española -que no es otro que el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales-.
6. Que no hay duda alguna -así de rotundo se expresa el Tribunal Supremo- de que el derecho a la libre elección de centro docente forma parte del núcleo o contenido esencial del derecho de educación.
7. Que nuestro sistema educativo está compuesto por centros escolares creados por los poderes públicos y centros escolares privados, *siendo ambas instituciones escolares convergentes y complementarias entre sí*.
8. Que, considerando la libertad de educación como un derecho de igualdad, con una dimensión prestacional, resultaría discriminatorio admitir sólo la libertad de educación para los escolares de centros privados: es un derecho de todos, también de los que optan por centros públicos o por centros privados concertados. No sólo tiene que ofrecerse una amplia gama de métodos pedagógicos en los centros privados, sino también en los centros privados concertados y en los públicos. ¿Por qué se relaciona esta libertad de educación sólo con los sectores sociales que pueden hacer frente económicamente al pago de una matrícula y una escolaridad mensual de un centro privado? ¿Por qué no se predica esta libertad pública para todos? Ésa es la verdadera igualdad: derecho a la enseñanza para todos y libertad de educación para todos también. De hecho, el apartado 3 del artículo 27 no se limita a reconocer el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, sino que obliga a los poderes públicos a garantizar el ejercicio de dicho derecho. En este sentido se han pronunciado

nuestros tribunales recordando la “dimensión prestacional” tanto del derecho a la educación como de la libertad de enseñanza.

Como consecuencia de estas observaciones, si la educación diferenciada forma parte del carácter propio de algunos centros educativos, ¿por qué se les va a denegar o revocar el concierto escolar por esa circunstancia?

En definitiva, las conclusiones de la tesis doctoral, proponen:

1. Una educación diferenciada o diferente, para sujetos diferentes. Las diferencias no son sólo físicas, sino que también lo son psíquicas, causadas por la determinación biológica del sexo, las hormonas, la estructura cerebral, etc.
2. Una educación diferenciada como método pedagógico, tan válido como el de la coeducación.
3. Constan acreditados mejores resultados del modelo de educación diferenciada, y en la tesis doctoral se citan muchos de ellos. Sin embargo, no son éstos los que nos llevan a solicitar esa igualdad ante la ley y de trato para la educación diferenciada. En la tesis doctoral se sostiene que la libertad de educación es un derecho constitucional, cuyo contenido esencial no puede ser vulnerado. Se defiende la igualdad ante la Ley para un modelo de educación y otro, la coeducación y la diferenciada, tengan una y otra los resultados que tengan –dentro de lo que se entiende como razonable, evidentemente–.
4. Desde el punto de vista pedagógico y de resultados académicos y de desarrollo de la personalidad, puede llegar a ser una negligencia no aprovechar el abanico de posibilidades que ofrece el sistema de educación diferenciada, puesto que se puede adaptar a todo tipo de entornos y necesidades educativas. Se puede aplicar mediante la instauración de centros educativos completos de un solo sexo; o mediante la instauración de clases diferenciadas en centros mixtos; aplicable a todo el proceso escolar; o sólo a un tramo de éste; o aplicarse sólo en determinadas asignaturas.

Una de las conclusiones tras el ejercicio es mostrar que recientes investigaciones muestran cómo los colegios que han introducido técnicas de educación específica para niños y niñas por separado (EEUU; Alemania; Reino Unido; Australia...) experimentan un aumento generalizado del nivel académico y de la eficacia docente; especialmente entre alumnos que históricamente han estado en desventaja por motivos socioeconómicos. Por ello, seguir rechazando el modelo actual de educación diferenciada, seguir dificultándole el acceso a la financiación pública o negar la apertura en los colegios públicos de clases diferenciadas para los padres que así lo deseen, supone una postura rígida, anquilosada, quietista, que se cierra a la ciencia y a la innovación pedagógica, que se opone a la tendencia marcada por países que están logrando remontar la crisis educativa y, sobre todo, supone negar a los padres su derecho a elegir la educación que quieren para sus hijos en

un marco de gratuidad garantizado constitucionalmente, supone limitar injustificadamente la libertad de educación. Ningún modelo, ni el diferenciado ni el mixto, es perfecto para todos los alumnos. Por tanto, instaurar centros públicos y privados de educación diferenciada no segrega a nadie, sino que únicamente actúa como ofrecimiento a los padres de la libre opción de elegir clases mixtas o diferenciadas para sus hijos.

Como hemos visto en varios estudios reflejados en este trabajo, favoreciendo la pluralidad educativa, se consigue mayor diversidad de opciones académicas y oportunidades profesionales. Además, la sociedad también sale beneficiada, pues la diversidad aporta mayor abanico en la resolución de problemas y mejora la innovación y la productividad. Incluso podría afirmarse que la sociedad necesita de la presencia de las mujeres en profesiones que en la actualidad están prácticamente reducidas al sexo masculino, pues es preciso que la tecnología futura que se diseña sea tan amplia e innovadora como la población a la que sirve.

Constando investigaciones que demuestran que en un ámbito mixto las niñas optan menos por las Tecnologías y, por tanto, en un ámbito mixto se les dan menos oportunidades académicas, profesionales, incluso vitales, no debería dudarse en apostar por la educación diferenciada, por lo menos en la enseñanza de esas materias, precisamente para aumentar la participación de las chicas en la Ciencia y Tecnología, así como en las Tecnologías de la Información, a fin de conseguir una mayor equidad.

Los defensores a ultranza de la educación mixta –los que menosprecian, incluso prohibirían la educación diferenciada, so capa de denominarse falsamente feministas y defensores de la libertad de la mujer– podrían encontrarse en unos años cómo esa tendencia desmedida por la coeducación aumenta las desigualdades sociales existentes, y habrán puesto más barreras a las oportunidades de la vida futura de las niñas.

Teniendo en cuenta que, desde el punto de vista pedagógico, la educación diferenciada es una innovación, no debería ser patrimonio exclusivo de los centros en los que se imparte este método pedagógico, sino que, por el bien del alumnado, todo docente debería tomar en consideración esas diferencias de aprendizaje y hacer una adaptación pedagógica de acuerdo con ellas, en cualquier sistema educativo, tanto mixto como diferenciado.

En ese sentido, puede considerarse que la educación diferenciada puede llegar a ser más equitativa que el método pedagógico de la coeducación –adoptando el término equidad de acuerdo con la Real Academia Española, que la define como “1.- *Cualidad que consiste en dar a cada uno lo que se merece en función de sus méritos o condiciones.* 2.- *Cualidad que consiste en no favorecer en el trato a una persona perjudicando a otra*”-. En ese sentido, puede decirse que equidad supone dar el mismo tratamiento educativo a niños y a niñas en algunos aspectos, pero diferente en otros, distinguiendo entre igualdad y uniformidad; igualdad e

igualitarismo. Puede equipararse a lo que la UNESCO ha denominado *equidad de género*, en lugar de buscar y aplicar la *igualdad de género*. Igualdad no es sinónimo de igualar. La UNESCO se refiere a la igualdad como aquella que implica un trato completamente igualitario para todos, hombres y mujeres; sin embargo, define la equidad como el trato imparcial –equivalente en derechos, prestaciones, obligaciones y oportunidades– que se presta a todos, hombres y mujeres, que será en ocasiones igual para todos, y en otras ocasiones diferente, en función de sus respectivas necesidades.

El desatender las diferencias entre los sexos podría llegar a ser una injusticia con los niños: no respetar sus diferencias supondría un atropello a la naturaleza, a su dignidad. Respetar es tener consideración con el diferente, es salvar la diferencia; lo contrario, ser indiferente, es pasar sin detenerse ante la realidad y sin considerar su contenido. Con la educación diferenciada puede llegar a resultar más sencillo prestar ese *plus* que niños y niñas necesitan en unas u otras materias: se trata de diferenciar para compensar.

Podríamos decir que, dentro de un conjunto uniforme –desde el punto de vista del sexo–, la educación diferenciada puede atender mejor a la diversidad, potenciando al máximo las capacidades de cada persona y ofreciendo más oportunidades, pues facilita una atención más personalizada para cada caso particular, acomodándose a las necesidades educativas de cada alumno, evitando –y superando– tendencias educativas uniformadoras –ningún modelo es perfecto para todos los alumnos–, que no dejan de ser reductivas y, de alguna manera, resultan anticuadas.

Seguir rechazando el modelo actual de educación diferenciada, seguir dificultándole el acceso a la financiación pública o negar la apertura en los colegios públicos de clases diferenciadas para los padres que así lo deseen, supone una postura rígida, anquilosada, quietista, que se cierra a la ciencia y a la innovación pedagógica, que se opone a la tendencia marcada por países que están logrando remontar la crisis educativa y, sobre todo, supone negar a los padres su derecho a elegir la educación que quieren para sus hijos en un marco de gratuidad garantizado constitucionalmente, supone limitar injustificadamente la libertad de educación.

La diversidad y la pluralidad de modelos educativos es la fuerza que vertebra la verdadera libertad de educación.