NUEVOS HORIZONTES
del Derecho Constitucional

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y FUNCIÓN PÚBLICA

4

2023 Nº

NUEVOS HORIZONTES
del Derecho Constitucional

Nº 4 2023

Tesis defendidas en 2022

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

Dirección:
Daniel Fernández Cañueto
y Pablo Guerrero Vázquez

Edita:
Fundación Manuel Giménez Abad

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

Teléfono: 976 28 97 15
ISSN 2792-7873

Diseño gráfico:
Inés Bullich

fundación
Manuel
Giménez
Abad
de Estudios Parlamentarios
y del Estado Autonómico

NUEVOS HORIZONTES
del Derecho Constitucional

Nº 4 2023

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

fundación
Manuel
Giménez
Abad
de Estudios Parlamentarios
y del Estado Autonómico

NUEVOS HORIZONTES
del Derecho Constitucional

Nº 4 2023

La importancia de los contextos. Datos personales y tratamiento (2022)
Daniel Jove Villares **5**

La transparencia y el derecho de acceso a la información pública en el estado social y democrático de derecho (2022)
Eloísa Pérez Conchillo **24**

La secesión en democracias constitucionales. Un estudio comparado y del caso español (2022)
Gaspar González Represa **41**

La creación de embriones humanos con fines de experimentación: un problema de límites al derecho fundamental a la investigación científica (2022)
Juan Manuel Martín Guerrero **63**

La igualdad como parámetro de control de la constitucionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español: evolución, modelo aplicativo y principio de proporcionalidad (2022)
Lorena Chano Regaña **78**

La regionalización avanzada en Marruecos a la prueba de la autonomía local (2022)
Mohamed Mezgheri **98**

***La régionalisation avancée au Maroc à l'épreuve de l'autonomie locale* (2022) V.O.**
Mohamed Mezgheri **122**

Análisis del modelo de financiación territorial alemán: ¿una referencia para el modelo de financiación autonómica en España? (2022)
Francisco Gabriel Villalba Clemente **152**

fundación
Manuel
Giménez
Abad
de Estudios Parlamentarios
y del Estado Autonómico

La importancia de los contextos. Datos personales y tratamiento[1]

Daniel Jove Villares

Doctor por la Universidade da Coruña

1. Algunas partes de este trabajo han sido presentadas en el XX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, celebrado en Cáceres los días 23 y 24 de marzo, puede consultarse el texto de la comunicación en: https://www.acoes.es/wp-content/uploads/2023/03/Comunicacion_Daniel-Jove_ACE.docx. Por otra parte, dada la naturaleza de esta publicación, se ha incidido más en el proceso de elaboración y en cuestiones metodológicas y menos en las reflexiones dogmáticas que conforman la tesis. Para conocer el fondo argumental de la tesis, vid. *La protección de lo sensible, o cuando la naturaleza del dato no lo es todo*, Tirant Lo Blanch (fecha de publicación: a lo largo del segundo semestre de 2023).

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

SUMARIO:

I. Bagaje y elección del tema.
II. La importancia de los contextos.
III. La complejidad de estructurar el relato.
IV. Las dualidades detectadas en las conclusiones parciales.
V. Las categorías especiales. Entre la seguridad aplicativa y la eficacia en la protección.
VI. Las propuestas de mejora en la protección de lo sensible.
VII. Una correlación extraída por elevación: la relación entre dato y tratamiento.
VIII. Un futuro desafiante.

NOTA BIOGRÁFICA:

Daniel Jove Villares es graduado en Derecho por la Universidade da Coruña, con premio extraordinario. Máster en Derecho Constitucional (CEPC-UIMP) y, desde enero de 2022, doctor en Derecho por la Universidade da Coruña (*cum laude*, mención internacional y premio extraordinario). Durante la etapa predoctoral contó con un contrato de la Xunta de Galicia (2017) y, a partir de 2018, con un contrato FPU. Ha realizado estancias en la Università della Calabria, la Cátedra de Derecho y Genoma Humano de la Universidad del País Vasco y el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Ha sido profesor interino de sustitución en la Universidade da Coruña hasta junio de 2023, momento en el que se incorporó a la Universidad Carlos III como profesor ayudante doctor.

I. BAGAJE Y ELECCIÓN DEL TEMA

¿Somos lo que los datos dicen (o no dicen) que somos? En la fría lógica algorítmica y en los sueños más lúbricos los apologetas de lo digital, el *doppelganger* virtual no deja de ser otra forma de representar a la persona real. Siempre se podrá aducir que las personas somos más que la mera agregación de nuestros datos, que hay intangibles que la computación no entiende, pero, poco a poco, la técnica va evolucionando para levantar esos velos y lograr la radiografía perfecta del ser (algunos usos de las neurotecnologías apuntan en esa dirección).

Hoy, los datos, personales o no, y sobre todo la inteligencia artificial que se alimenta de ellos, constituyen una de las grandes preocupaciones y temores de buena parte de los que nos dedicamos al Derecho (la explosión de *papers*, congresos, seminarios y jornadas sobre esta temática da buena cuenta de ello). La

capacidad de la IA para cambiar el tejido de la sociedad, y dar forma a un modelo de convivencia diferente, justifica el nivel de atención que se ha de prestar a su regulación. Frente al cambio de paradigma que estamos viviendo, es necesario activar todos los resortes del Derecho para tratar de gestionar los cambios que se producen, así como los que el futuro pueda deparar. La defensa (y pervivencia) de los derechos y libertades así lo exige.

Sin embargo, en 2016, cuando terminé el máster del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, no era la IA sino los datos personales y su regulación los que suscitaban la atención de los operadores jurídicos. La causa de ese renovado interés por la autodeterminación informativa fue la aprobación, en abril de 2016, del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). Esta norma, que se aplicaría a partir de 2018, es la vanguardia de la Estrategia digital europea[2], con la que la UE pretende lograr un doble objetivo: aprovechar las oportunidades que la tecnología y la economía basada en datos propicia y, a la vez, garantizar los derechos de la ciudadanía. El RGPD representa algo más que una mera actualización del marco regulatorio, es el reflejo de una política estratégica acerca de cómo habrá de ser la Europa de los próximos años, de cómo se han de afrontar los desafíos de un mundo cada vez más virtual. El cambio de modelo de protección, el paso de un enfoque esencialmente reactivo a uno proactivo, en el que la atención al riesgo y a las particularidades del tratamiento pasan a ser el eje central, apuntan en esa dirección.

Curiosamente, en mi caso, el interés por los datos personales y su regulación no llegó de la mano del RGPD, sino de un modo más indirecto. En efecto, al terminar el máster y comenzar el doctorado me planteé cuál debería ser el tema sobre el que habría de versar mi tesis doctoral. Debo reconocer que tuve la fortuna de tener libertad para escoger (no siempre es posible, a veces la posibilidad de acceder a un contrato predoctoral va anudada a una concreta línea de investigación), y si bien barajé la posibilidad de continuar con la temática del Trabajo Fin de Máster (la naturaleza y exigibilidad de los derechos reconocidos en los Estatutos de Autonomía), finalmente opté por comenzar de cero con algo nuevo y sustancialmente diferente. La inspiración para hacerlo, sin embargo, provino de una previsión estatutaria, concretamente el artículo 22 del Estatuto de Autonomía de Andalucía. En él, se reconoce el derecho de los pacientes andaluces a la "confidencialidad de los datos relativos a su salud y sus características genéticas". Datos de salud y datos genéticos fueron los términos que atrajeron mi atención y me suscitaron curiosidad, ¿cuál era su alcance? ¿Cómo se relacionaban y se gestionaban los supuestos fronterizos? ¿Cuándo un dato personal podía ser calificado como dato de salud? ¿Cómo se gestionaba el hecho de que un dato de salud fuese un dato personal y, a la vez, una información íntima? Las preguntas se agolpaban, así que resultaba evidente que esa era una temática que valía la pena explorar.

2. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_es

Fue el estudio de los datos genéticos y de los relativos a la salud el que me llevó al RGPD y al resto de normativa dedicada a disciplinar el tratamiento de la información personal. En el art. 9 del RGPD constaté que no todos los datos personales tienen la misma consideración jurídica, algunas tipologías están revestidas de una protección reforzada: las denominadas categorías especiales, entre las que se inscriben los datos genéticos y los relativos a la salud.

A las dudas iniciales se fueron adicionando otras, como, por ejemplo, ¿por qué establecer un conjunto tasado y cerrado de categorías especiales? ¿Por qué esas tipologías y no otras? ¿Son igual de sensibles todos los datos categorizados como especiales? ¿Cuándo pertenece un dato a una determinada tipología? ¿Es el contenido de la información lo que determina la condición especial? ¿Es la naturaleza de la información el único criterio a considerar para conferir a un dato la condición especial? ¿Qué ocurre con los datos de naturaleza "variable", esto es, con aquellos que pueden ser clasificados como pertenecientes a una determinada tipología en unos contextos, pero no en otros? En definitiva, ¿es el régimen de protección establecido por la normativa europea el más adecuado para proteger los derechos y libertades de la ciudadanía frente al tratamiento de la información personal?

Al constatar que las incógnitas que rodeaban a los datos genéticos y los relativos a la salud eran parangonables del conjunto de tipologías especiales, opté por hacer de ellas mi objeto de estudio. Comprender su razón de ser podría proporcionar las claves para dar respuesta a las preguntas que plantea su existencia y particular régimen de protección. El rumbo estaba fijado, tocaba comenzar a navegar.

II. LA IMPORTANCIA DE LOS CONTEXTOS

Dado el singular objeto de la tesis que pretendía elaborar (la pertinencia de un sistema de protección en el que se establece un conjunto tasado y cerrado de categorías especiales), conocer la realidad en la que se despliega la normativa de protección de datos constituía una variable fundamental a la hora de evaluar la adecuación de las medidas normativas implementadas. Consecuentemente, el contexto se erigió en uno de los ejes centrales del trabajo, un hilo conductor que contribuyó sustancialmente a dar coherencia al conjunto. Su transversalidad silente no obsta para que, al menos en tres momentos, se manifieste su impronta de manera explícita: al abordar la era digital y sus desafíos; al fijar el marco normativo y territorial objeto de estudio y, finalmente, al valorar su adecuación como criterio identificativo de lo sensible. De los tres, este último tiene un impacto directo en los resultados de la tesis, por lo que se analizarán sus efectos en un momento posterior de este trabajo. En lo relativo a los otros dos, su capacidad condicionante es menos evidente, pero no por ello desdeñable.

El momento histórico en el que se aplica una determinada medida es un factor crucial. La era digital está rodeada de una serie de particularidades que la hacen

especialmente desafiante; su dinamismo, la capacidad evolutiva de las tecnologías y, consecuentemente, de los riesgos que los usos de estas deparan, convierten en perentoria la adopción de respuestas normativas capaces de responder tanto a los desafíos presentes como a los retos que el futuro inmediato pueda deparar. Esa particular condición hace que el legislador deba trabajar sabiendo que el principal problema a solventar no es el presente, sino aquel que está por venir. Los profundos cambios que el desarrollo técnico está provocando en el modo de vivir y relacionarse en sociedad exigen repensar la manera de legislar. Frente a las múltiples amenazas de la hidra digital, ante su capacidad para generar nuevos peligros cuando se cercenan los existentes, son necesarios instrumentos jurídicos que combinen flexibilidad (en las medidas a adoptar) y precisión (en las respuestas a ejecutar). Si no se es consciente de la singular realidad en la que estamos inmersos, si no se evalúan los riesgos futuros, las normas están condenadas a la obsolescencia antes de comenzar siquiera a producir efectos.

La segunda variable contextual a considerar es la relativa al marco territorial y cultural en el que se despliega la regulación objeto de estudio. En este caso, optar por el ecosistema europeo del dato no fue una decisión casual. Con el RGPD se produce una traslación del centro de normación del derecho a la protección de datos. A partir de él, los elementos básicos, el contenido esencial del derecho fundamental, pasan a venir definidos por la normativa de la UE. Es cierto que el RGPD deja margen a los Estados miembros para la concreción de medidas específicas, como también lo es que, a la hora de evaluar si el sistema de protección de los datos sensibles es el adecuado, debemos estar a lo previsto en la regulación europea, pues es la que fija las condiciones básicas de actuación.

Además, la UE, en lo relativo al tratamiento de la información personal, ha abanderado la apuesta por un modelo en el que, junto a la libre circulación de los datos y a su aprovechamiento económico, se asegure el respeto por los derechos y libertades, fijando unos mínimos ineludibles que, de no atenderse, harán del tratamiento una opción jurídicamente inaceptable (quizá el reflejo más elocuente sean las dificultades para establecer un acuerdo que garantice un flujo de datos seguro, y respetuoso con los derechos, entre Europa y Estados Unidos).

En definitiva, al acotar el marco de actuación se opta por una forma concreta y específica de entender el derecho a la protección de datos, por una cultura jurídica específica. Comprender la idiosincrasia del sistema de protección es decisivo. El éxito o fracaso de cualquier medida que se proponga no depende, en exclusiva, de su eficacia o calidad técnica, sino de su capacidad para inserirse con naturalidad en la práctica jurídica. La coherencia, razonabilidad y predictibilidad del conjunto es fundamental, pues permite a los operadores de datos y a la ciudadanía entender la lógica inherente al modelo y acomodar mejor sus actuaciones a los parámetros normativamente fijados.

En la tesis, la cognición de la idiosincrasia del sistema europeo de tratamiento de datos de carácter personal ocupa un espacio destacado (quizá excesivo, pero creo

que necesario). En él se analizan los rasgos definitorios del RGPD, constatando la apuesta del legislador europeo por un modelo de protección eminentemente proactivo, en el que la atención al riesgo y la adecuación a las particularidades de cada tratamiento concreto son la regla general (en contraposición con la lógica reactiva que había venido imperando en las regulaciones precedentes). Sin embargo, cuando el análisis se centra en la regulación de las categorías especiales, parece que esa apuesta se diluye, pues se observan rasgos propios de modelos clásicos de protección, como son: la definición en abstracto del régimen a aplicar o el establecimiento de un conjunto tasado y cerrado de informaciones a las que se reserva, en exclusiva, la condición de dato especial.

Ante esa tesitura, además de considerar la coherencia intranormativa, se optó por examinar las dinámicas legislativas, esto es, hacia dónde apuntan los desarrollos normativos de la UE en este ámbito. De este modo, se analizó la idiosincrasia de las regulaciones (las aprobadas y las que están aún en fase de tramitación, como la propuesta de Reglamento de inteligencia artificial) que dan/darán forma al espacio europeo del dato. De su estudio se desprende que la estrategia legislativa europea considera que la proactividad, la atención al riesgo y la personalización en las respuestas constituyen el modo más adecuado para afrontar los desafíos que el dinamismo de la era digital plantea. De este modo, las dos variables contextuales (la temporal y la territorial-normativa) terminaron confluyendo.

III. LA COMPLEJIDAD DE ESTRUCTURAR EL RELATO

Una vez establecido el objeto (la adecuación del modelo de protección establecido para las categorías especiales) y fijado el contexto (tanto el normativo/cultural como el temporal), el siguiente paso era estructurar el trabajo, fijar qué elementos debía abordar y construir un armazón argumental que permitiese alcanzar una conclusión jurídicamente sólida. No fue una tarea sencilla. El relato es fundamental en cualquier trabajo, pero, en este, por sus características, había apartados que me iban a obligar a transitar por sendas muy concurridas y, por lo tanto, en las que el interés de quienes tuviesen a bien leer la tesis podría decaer.

Con carácter general, se plantearon dos posibles vías para alcanzar el resultado (al hacer la monografía posterior descubrí que había una tercera (y seguramente haya más), por lo que parece razonable no obcecarse con una hoja de ruta, y centrarse en saber a dónde se quiere llegar). La primera consistía en partir de la exégesis de las categorías especiales para, a partir de su conocimiento, plantear las propuestas de mejora de su marco regulatorio y concluir validando la viabilidad de dichas propuestas. Sin embargo, esta opción resultaba poco satisfactoria, el conjunto de elementos a considerar en la comprobación de la propuesta de mejora llevaba, ineludiblemente, a incurrir en más reiteraciones de las deseables. Además, al convertir las propuestas en el hilo conductor del proceso de verificación, se diluía su impacto e importancia. Por si no fueran

razones suficientes, ese modo de afrontar el problema comportaba el riesgo de incurrir en una acomodación inconsciente de los criterios de control, para hacerlos compatibles con los contenidos de las propuestas realizadas.

Descartada esta posibilidad, se apostó por una aproximación holística y gradual al modelo europeo de protección de datos, yendo de lo general a lo particular, a la vez que se iban reseñando aquellos factores que pudieran tener impacto en su regulación futura. Esta opción metodológica tuvo como resultado un trabajo estructurado en cinco capítulos. De ellos, los cuatro primeros, están dedicados a las variables que, de algún modo, inciden en el régimen jurídico de la protección de los datos personales y, especialmente, en la regulación de las categorías especiales, a saber: la era digital, la conformación y consolidación del derecho a la protección de datos, el ecosistema normativo europeo del dato y la naturaleza del derecho fundamental a la protección de datos.

Así, en el Capítulo primero, se describe, de manera sucinta, aunque no por ello carente de crítica, el contexto tecnológico actual y su impacto en el modo en que vivimos en sociedad. No cabe duda de que el constante desarrollo de ingenios tecnológicos capaces de afectar al modo en que se desarrolla nuestra personalidad y nos percibimos a nosotros mismos y nuestro entorno plantea retos jurídicos de primer orden. Si bien el derecho a la protección de datos no se circunscribe al entorno virtual, es evidente que es en la esfera digital donde se despliega en toda su magnitud. Por lo tanto, no pueden desconocerse los efectos que sobre este derecho pueda tener el particular ambiente en el que se ejercita.

Si el Capítulo primero realiza una panorámica general de la era digital, escrutando el presente y tratando de advertir los desafíos que el futuro pueda deparar, el Capítulo segundo echa la vista atrás, para tratar de encontrar, en el proceso de construcción doctrinal, jurisprudencial y normativa del derecho a la protección de datos aquellos elementos que permitan comprender mejor su regulación actual. Una vez fijado el marco espacio-temporal en que se despliega el derecho a la protección de datos, se aborda, en el Capítulo tercero, el ecosistema europeo del dato. El análisis de las diversas normativas que, de algún modo, inciden en el tratamiento de la información personal sirve para poner de manifiesto la complejidad y completitud del modelo europeo de tratamiento de la información. Ciertamente, el Reglamento General de Protección de Datos es la piedra angular del sistema, y en él se establecen sus elementos básicos. Pero existe todo un entramado normativo, en constante expansión, que vale la pena considerar; pues facilita la cognición de la idiosincrasia del modelo europeo y, consecuentemente, permite que, a la hora de elaborar cualquier propuesta alternativa, esta pueda ir en consonancia con la cultura jurídica europea. Evitando, con ello, las disonancias e ineficiencias que pudiera deparar una proposición ajena a nuestra realidad jurídica.

Con todo, el elemento determinante a la hora de valorar la viabilidad de cualquier propuesta que suponga una modificación del marco normativo, es que esta sea

respetuosa y compatible con los contenidos del derecho fundamental a la protección de datos. Por consiguiente, el Capítulo cuarto tiene como cometido analizar la naturaleza de este derecho en su configuración europea. Pudiera plantearse aquí si no habría sido mejor analizar primero el derecho fundamental y luego el ecosistema normativo creado a su amparo, sin embargo, la necesidad de explicar el proceso de europeización del derecho, unido al carácter general con que se estudia el marco regulatorio europeo, del que, sobre todo, interesaba conocer sus características básicas y su idiosincrasia, hacían más coherente abordar primero las características de las normativas que inciden en el tratamiento de la información personal, para, en un segundo momento, analizar con detalle la naturaleza del derecho fundamental. Como puede comprobarse, cada uno de los 4 capítulos proporciona ciertas claves que resultan imprescindibles para poder evaluar el sistema europeo de protección de los datos sensibles, y determinar su margen de mejora.

Finalmente, el Capítulo quinto, está dedicado a las categorías especiales, tanto a su razón de ser como a la proposición de alternativas regulatorias que permitan alcanzar, de un modo más eficiente, las finalidades que subyacen a su existencia. A su vez, se elucubra con la posibilidad de adoptar un concepto de dato personal más amplio, en el que el riesgo, la finalidad y los efectos del tratamiento tengan una relevancia mayor.

Definir, en los cuatro primeros capítulos, el marco de lo jurídicamente posible, permitía articular las propuestas con las que se cierra el trabajo desde la certeza de su compatibilidad con la configuración europea del derecho a la protección de datos. De este modo, se logró evitar ciertas reiteraciones explicativas y posibilitó un desarrollo coherente de la argumentación. En este sentido, debe señalarse que, los Capítulos iniciales, están pensados para ser algo más que una parte del conjunto. Todos tienen cierto carácter autoconclusivo, sin perjuicio de que sus aportaciones singulares terminan coadyuvando a la determinación de las posibilidades de regulación y desarrollo del derecho a la protección de datos, al delimitar los modos en que pueden configurarse las categorías especiales.

IV. LAS DUALIDADES DETECTADAS EN LAS CONCLUSIONES PARCIALES

Del conjunto de conclusiones parciales obtenidas en los primeros cuatro capítulos quisiera destacar tres que resultan especialmente relevantes, tanto por su relevancia intrínseca, como por el impacto en la consideración de las categorías especiales. Además, las tres comparten un rasgo común, en ellas existe algún tipo de dualidad que es necesario conjugar. En efecto, tanto el análisis del marco normativo europeo, como la naturaleza del derecho fundamental y, por supuesto, el binomio dato-tratamiento, son el reflejo de, al menos, dos elementos en busca de equilibrio y adecuación.

Comencemos por la más evidente, la referida a la relación entre dato personal y tratamiento. El dato personal es el centro de imputación del derecho a la protección de datos. Es el elemento material sobre el que se despliega el derecho fundamental. La existencia del vínculo dato-persona es el detonante primario para la activación de los mecanismos de protección normativamente previstos. Que esto sea así resulta perfectamente razonable, en la medida en que el dato identifica o revela información sobre un determinado sujeto, es lógico que éste se convierta en el pilar en torno al que se construye la protección normativa de los bienes jurídicos de la persona.

Ahora bien, si se observa la evolución del concepto dato personal, se constata cómo se ha ido ampliando el alcance del nexo dato-persona, transitando desde una conexión muy evidente, representada por la afirmación: dato personal es cualquier información referida a una persona identificada, hasta conexiones menos evidentes, como las que se refieren a la identificabilidad o la posibilidad de singularización, sin exigir una identificación precisa. Sin embargo, tal y como pusieron de manifiesto, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 primero[3] y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea después en el asunto Nowak[4], cabe un modo diferente de identificar la existencia del vínculo dato-persona. Es posible calificar como dato personal a aquellas informaciones que, por contenido, finalidad o efectos conecten con una persona determinada. La inclusión de la finalidad y los efectos supone una ampliación sustancial de las informaciones que pueden ser calificadas como dato personal. De adoptase como criterio general, se estaría produciendo una extensión del ámbito de aplicación de la normativa relativa al tratamiento de datos personales y, consecuentemente, de su régimen protector.

Aunque el concepto de dato personal sea el centro de imputación del derecho fundamental, no puede obviarse la existencia de un segundo detonante, también indispensable, para la activación de las medidas de protección: el tratamiento. Efectivamente, solo se puede aplicar la normativa de protección de datos si la información personal se ve incursa en algún tipo de operación. En caso contrario, al no existir riesgo para los bienes jurídicos de las personas, no hace falta acudir a remedio jurídico alguno. El tratamiento es, por tanto, una pieza esencial del derecho a la protección de datos.

Más allá de esa función de detonante aplicativo, debe destacarse que el tratamiento ha ganado en relevancia desde la aprobación del Reglamento General de Protección de Datos. La realidad del tratamiento, los riesgos que entraña, las medidas de seguridad que se han de implementar en cada caso concreto,

3. Dictamen 4/2007, sobre el concepto de datos personales, de 20 de junio de 2007. Puede consultarse en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_es.pdf.

4. STJUE asunto C-434/16, Peter Nowak c. Data Protection Commissioner, de 20 de diciembre de 2017

son factores cruciales para la determinación de las exigencias jurídicas que los operadores de datos han de asumir. A pesar de esta relevancia, lo cierto es que aún tiene cierto margen de expansión. Sin ir más lejos, en caso de consolidarse la utilización de la finalidad y los efectos como criterios identificativos de la existencia de un dato personal, el tratamiento se convertiría en lo verdaderamente relevante. Sería su realidad la que permitiría valorar la finalidad y los efectos del uso de una determinada información y, de ser el caso, calificarla como dato personal.

La segunda de las dualidades anida en las normativas relativas al tratamiento de la información personal y, singularmente, en el Reglamento General de Protección de Datos. Del estudio de las normativas en vigor, así como de las propuestas en las que la Unión Europea está trabajando, se desprende la existencia de una apuesta, cada vez más evidente, por modelos de protección basados en la proactividad, la prevención de riesgos y la flexibilidad en las respuestas jurídicas, de manera que sea posible adaptarlas a los diferentes escenarios y situaciones que el dinamismo de la era digital exige. No obstante, esa tendencia legislativa no está plenamente consolidada, pues perviven en el RGPD ciertos elementos propios un modelo más rígido de protección en abstracto, v. gr. la regulación de las categorías especiales.

Esta dualidad dota a la regulación sobre tratamiento de datos de un carácter híbrido. En el que, si bien la proactividad y la atención al riesgo son los factores clave, no por ello se quiere dejar de aprovechar la mayor seguridad jurídica y certeza aplicativa que, en teoría, proporciona la predeterminación normativa de determinados supuestos. Este tipo de regulaciones híbridas puede resultar muy adecuadas para transicionar de un modelo de protección a otro; sin embargo, no dejan de entrañar un cierto riesgo. La pervivencia de elementos propios del modelo que se busca superar puede debilitar el cambio que se pretende implementar. En el caso de la normativa europea de protección de datos, conservar medidas de protección en abstracto puede llevar a aplicaciones mecanizadas que prescindan de la adecuación a la realidad del tratamiento, debilitando con ello la apuesta por la proactividad, la protección de datos desde el diseño y por defecto y la atención al riesgo.

La última de las dualidades que quisiera destacar está referida a la naturaleza del derecho fundamental a la protección de datos. Si se analiza este derecho desde una perspectiva teleológica, se observa que, desde sus orígenes, existe una doble finalidad que condiciona su morfología. Prueba de ello es que, las primeras regulaciones sobre la materia se focalizaban en proteger los derechos y libertades de la ciudadanía frente a las consecuencias que el uso de la información pudiera deparar. Solo posteriormente surgió la vertiente sustantiva y autónoma del derecho, caracterizada por la atribución de un poder de control y disposición sobre los datos a uno referidos, reflejo de la autonomía personal, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

Esas dos variables, protección de los derechos y poder de control y disposición, se han fusionado en el derecho fundamental, y permean a su regulación, como demuestra, de modo genuino, el artículo 1.2 del Reglamento General de Protección de Datos, al señalar que su cometido es proteger "los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales". El singular cometido de este derecho fundamental, su condición de instituto de garantía de otros derechos, su vinculación originaria con el derecho a la vida privada y su importancia para la economía y las relaciones entre particulares, han propiciado interpretaciones de todo tipo acerca de su naturaleza jurídica, incluidas algunas negadoras de su carácter iusfundamental, como la de Ralf Poscher[5].

En la tesis se valoran las diferentes opciones hermenéuticas para, finalmente, concluir que el derecho a la protección de datos, en su configuración europea, es un derecho fundamental autónomo, de configuración legal, pues exige que se regulen las condiciones que hagan jurídicamente aceptable el tratamiento de la información personal y, como aportación más significativa, se describe al derecho fundamental a la protección de datos como un simbionte con dos almas: El derecho a la protección de datos en sentido amplio, que se correspondería con la función instrumental de salvaguarda de los derechos y libertades. Y el derecho a la protección de datos en sentido estricto, que se compadece con las manifestaciones más vinculadas al ejercicio del poder de disposición y control sobre los datos personales (como sería el caso de las facultades de actuación o de las obligaciones de información del responsable). Solo combinando ambas facetas resulta posible la cognición de este derecho fundamental en toda su extensión.

V. LAS CATEGORÍAS ESPECIALES. ENTRE LA SEGURIDAD APLICATIVA Y LA EFICACIA EN LA PROTECCIÓN

Conforme al art. 9 del Reglamento General de Protección de Datos, son datos especiales las informaciones que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la afiliación sindical, los datos genéticos, datos biométricos, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física. Este listado de tipologías es una fuente constante de interrogantes.

¿Es igual la información fulanito tiene una gripe que el dato fulanito tiene una enfermedad degenerativa? ¿A una persona que busca empleo, qué dato le puede generar más problemas: su edad, su género o si está afiliada a un sindicato? ¿qué hacemos con las inferencias? Esto es, cómo afrontamos la posibilidad de poder

5. Poscher, Ralf. (2017). The Right to Data Protection. A No-Right Thesis. En Russell A. Miller (Ed.), Privacy and power: a transatlantic dialogue in the shadow of the NSA-affair (pp. 129-141). Cambridge: Cambridge University Press.

obtener información calificada como especial a partir de otra que no lo es. Por poner algunos ejemplos, el código postal es una variable que permite determinar la esperanza de vida de las personas y, sin embargo, en principio, no encaja en lo que se consideraría un dato relativo a la salud. Otro ejemplo, la ubicación, que no es un dato especial, permitió, en Corea del Sur, mediante las aplicaciones de rastreo que se usaron en la pandemia, conocer la orientación y preferencias sexuales de muchas personas. Un último ejemplo, uno que no requiere de tecnología alguna, el nombre de una persona, combinado con el nombre de su pareja, permite identificar su orientación sexual, es decir, obtener un dato especial. Como puede intuirse, si es posible hacer inferencias y deducciones básicas de información sensible a partir de otras que no lo son, qué no podrá hacerse mediante sistemas de *big data* e inteligencia artificial cuya característica principal es, precisamente, establecer correlaciones.

Para poder determinar si el modelo de protección diseñado por la normativa europea de protección de datos es el más adecuado, así como para poder plantear, en caso de que no lo fuese, alguna propuesta alternativa, el primer paso debiera ser, siempre que sea posible, comprender la naturaleza de aquello que pretende cuestionar. En este sentido, lo primero era identificar la razón de ser de las categorías especiales. En principio, dato es personal es aquel que ofrece información sobre algún aspecto de una persona identificada o identificable, sin embargo, hay algunos datos a los que, en atención a su naturaleza y capacidad para poner en riesgo los derechos y libertades, se les confiere una protección reforzada (Considerando 51 RGPD). Por lo tanto, su existencia se funda en una doble convicción: ni todos los datos son igual de valiosos, ni su uso entraña el mismo nivel de riesgo.

En el modelo europeo de protección de datos, esa condición especial está vinculada a la naturaleza del dato. De este modo, el mayor riesgo de discriminación y la capacidad más acuciada para revelar los aspectos más sensibles de la persona quedan inexorablemente unidos al contenido de la información. Sin embargo, si la razón de su existencia es la mayor probabilidad de discriminación de una determinada información, o tener una capacidad más acuciada para revelar los aspectos más sensibles de la persona; uno no puede dejar de preguntarse por qué no se utilizan estos criterios para determinar las medidas de protección, en lugar de establecer normativamente un conjunto tasado y cerrado de tipologías especiales.

Con esas premisas como referencia, el legislador europeo identificó el conjunto de tipologías que consideró merecedoras de especial consideración. Y no es una selección carente de lógica. En ella están presentes las clásicas categorías sospechosas del derecho antidiscriminatorio (el origen racial, la orientación sexual o las convicciones religiosas) y también datos, como pueden ser los relativos a la salud o los genéticos, que revelan los aspectos más íntimos de la persona. Sin embargo, adolece de ciertas carencias. De una parte, no se prevé una cláusula de apertura que permita extender los supuestos afectados a otras tipologías

potencialmente discriminatorias (género, edad o capacidad económica, por poner algunos ejemplos). De otra, ciertas categorías (los datos relativos a la salud, los datos genéticos y los datos biométricos (art. 4 RGPD)) incorporan definiciones que delimitan qué informaciones pueden pertenecer a esa tipología, lo que introduce una rigidez adicional a un ámbito ya de por sí poco flexible. En la era del dinamismo y la inteligencia artificial no parece una característica especialmente positiva, entonces, ¿por qué se implementó esta opción legislativa?

Probablemente porque tiene una fortaleza muy relevante, se trata de un modelo que proporciona a los operadores de datos una importante seguridad aplicativa. Si el dato personal en cuestión puede adscribirse a alguna de las tipologías previamente establecidas, automáticamente se puede saber cuáles son las medidas a implementar. A esta razón principal, y por sí sola suficiente, se le pueden adicionar otras, como podría ser el peso de las dinámicas históricas, pues estamos ante un mecanismo de protección por el que se ha apostado, de manera constante y desde hace décadas, para limitar los riesgos adicionales que el uso de ciertos datos entraña para los derechos y libertades. Quizás sea esa raigambre en la cultura jurídica europea la que haya hecho que, hasta cierto punto, la regulación de las categorías especiales no termine de encajar en el paradigma (anticipatorio y preventivo) que el RGPD pretende promover.

Con todo, el riesgo de obtener información sensible a partir de otra que no lo es mediante inferencias, sumada a la insatisfacción que me generaba la incapacidad del régimen de protección de las categorías especiales para cumplir, de manera completa y efectiva, con el objetivo que justifica su existencia (evitar situaciones discriminatorias o especialmente peligrosas para los derechos, derivadas del tratamiento de ciertos datos), justificaban la búsqueda de sistemas alternativos de garantía.

VI. LAS PROPUESTAS DE MEJORA EN LA PROTECCIÓN DE LO SENSIBLE

Frente a las incoherencias e ineficiencias del modelo previsto en el RGPD, se plantearon diversas soluciones. La más sencilla sería extender, por vía interpretativa, el alcance de las categorías especiales. Esta opción ya la había propuesto algún sector de la doctrina, por ejemplo, Romeo Casabona respecto de los datos relativos a la salud, y ha sido acogida por el TJUE, concretamente en el asunto C-184/20, OT y Vyriausioji tarnybinės etikos komisija, de 1 de agosto de 2022 (meses después de que hubiera defendido la tesis). Conforme a esta sentencia, también habrán de ser considerados como especiales aquellos datos que, "indirectamente", sean susceptibles de revelar información relativa a alguna de las categorías especiales.

Con ese pronunciamiento, el TJUE busca solventar el problema de las inferencias, pero, como apunté en la tesis antes de que hubiese sentencia y mantengo ahora que la hay, esta solución tiene un problema base, y es que no está libre

del pecado original, ello es así porque seguimos condicionados por el conjunto tasado y cerrado de categorías que el legislador ha identificado como especiales. Consecuentemente, sigue sin darse respuesta a situaciones en las que el riesgo de discriminación deriva, por ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, de cuestiones económicas, de cuestiones relativas a la edad o al género de la persona. Por lo tanto, aunque es un avance, no es la panacea. Había que buscar otras posibilidades de acción que resulten más satisfactorias. Se me ocurrieron dos propuestas, una moderada y otra más rompedora, aunque ambas exigen la reforma del RGPD.

La solución moderada busca cambiar el foco, del dato al tratamiento, es decir, que en lugar de datos especiales se opere sobre la base de tratamientos especiales. De este modo, la atención al contexto y a las posibles inferencias serían un acto obligado, lo que permitiría dar encaje legal al criterio interpretativo establecido por el TJUE. El cambio en la literalidad del precepto no sería profundo, sin embargo, representaría toda una declaración de principios. Así, el artículo 9.1 del RGPD podría quedar redactado del siguiente modo:

Quedan prohibidos los tratamientos que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, los que estén dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, los vinculados a conocer la información genética de una persona física, así como los relativos a su salud, su vida sexual u orientación sexual.

Es cierto que este cambio sigue adoleciendo del problema derivado de la existencia de un conjunto tasado de categorías especiales, no obstante, esto podría solventarse de un modo relativamente sencillo, por ejemplo, incorporando un aditamento en el que se indicase que también tendrá condición especial *cualquier otro tratamiento que pueda dar lugar a un supuesto discriminatorio.*

En lo que respecta a los criterios enervantes de la prohibición del tratamiento previstos en el apartado segundo del art. 9 RGPD, podrían conservarse o, si se quisiera realizar un cambio que proporcionase aún más flexibilidad al modelo, podrían incorporarse el nivel de riesgo y el potencial discriminatorio como baremos capaces de determinar si el tratamiento es jurídicamente admisible.

En lo relativo a la propuesta rupturista, que a mí personalmente me gusta más, consistiría en suprimir las categorías especiales de datos, sustituyéndolas por un modelo de protección de riesgos racionalizado. La lógica de esta opción es la siguiente, si cualquier dato es susceptible de ser considerado como especial en el contexto adecuado, entonces la predeterminación de lo sensible ya no funciona como mecanismo de protección. Consecuentemente, debe acudirse a las razones que subyacen a la existencia de las categorías especiales, es decir, el riesgo de afectación de los derechos o las posibilidades de discriminación que cada tratamiento comporte. Conforme a esta opción, si el tratamiento no ofrece garantías suficientes o comporta un riesgo inasumible no podrá llevarse a efecto, y esto con independencia de la naturaleza de los datos que se traten en él.

De este modo, serían los peligros concretos de cada tratamiento los que modularían las medidas de protección a adoptar, propiciando una protección más adecuada para cada caso concreto. Desde el punto de vista normativo, sería preciso fijar los umbrales a partir de los cuales el tratamiento dejaría de ser aceptable. En cuanto a la naturaleza de los datos tratados, esta se mantendría como uno de los criterios a considerar, pero no sería el único, ni condicionaría, apriorísticamente, las medidas a adoptar. En todo caso, si a efectos puramente orientativos se estableciese un listado de informaciones sensibles, este debería ser abierto y estar conectado con el resto de normativas de derecho antidiscriminatorio.

Esta propuesta, que *prima facie* puede parecer muy radical, no exigiría, desde el punto de normativo, reformas traumáticas. La proactividad, las evaluaciones de impacto, la protección de datos desde el diseño y por defecto, así como un conjunto sólido de derechos y principios, elementos necesarios para el éxito de esta medida, ya forman parte de la normativa de protección de datos, lo único que falta es creérselos y, sobre todo, aplicarlos. Si se hace, la reforma es viable y, en mi opinión, deseable.

VII. UNA CORRELACIÓN EXTRAÍDA POR ELEVACIÓN: LA RELACIÓN ENTRE DATO Y TRATAMIENTO

La existencia de categorías especiales de datos y la adecuación de su sistema de protección es el principal problema que se afronta en la tesis. Sin embargo, al analizar el modelo europeo de protección de datos, no pude dejar de notar que parte de los razonamientos y dudas que se suscitan en torno a los datos sensibles podrían trasladarse, con una intensidad diferente, a la relación dato personal-tratamiento, sobre todo si se toma en consideración que la anonimidad de la información no es una certeza atemporal. Los datos anónimos de hoy (excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos) podrían ser personales mañana.

Aunque la división dato personal-dato no personal no es tan nítida y absoluta como se pudiera pensar, pues cierta porosidad, lo cierto es que, el modelo europeo de protección de datos es tajante en cuanto a su ámbito de aplicación material. Si la información tratada es susceptible de ser calificada como un dato personal, se aplica la normativa de protección de datos, si es un dato anónimo, no. El dato personal es el condicionante aplicativo del sistema, en él se produce la conexión que dota de subjetividad al tratamiento y justifica que se activen los mecanismos de protección inherentes al derecho fundamental a la protección de datos. Consecuentemente, si se quiere ofrecer seguridad jurídica a quienes operan con información, es imperativo establecer qué se entiende por dato personal y fijar los criterios hermenéuticos que permiten identificar su existencia.

En este sentido, el RGPD establece una definición de dato personal bastante amplia, pues extiende esa calificación a “toda información sobre una persona

física identificada o identificable ("el interesado")" (art. 4). Con todo, perviven ciertos ámbitos de indeterminación. Así, en principio, se considera que cuando la capacidad, los costes o el tiempo requeridos para establecer el vínculo dato-persona sean desproporcionados, no se considerará dato personal. Sin embargo, la razonabilidad de los esfuerzos no deja de ser un criterio dotado de cierta subjetividad y, en todo caso, cambiante, pues la tecnología puede evolucionar y hacer que aquello que se consideraba seguro deje de serlo (v. gr. la computación cuántica puede hacer que contraseñas que hoy requieren siglos para quebrarse se puedan revelar en minutos). Del mismo modo, el desarrollo técnico hace que los mecanismos de anonimización de hoy puedan quedar obsoletos en un futuro no tan lejano. Por lo tanto, ni las barreras artificiales (anonimización), ni las naturales (tiempo y costes) parecen ser un criterio de exclusión que ofrezca certezas a largo plazo, aunque, evidentemente, constituyen una referencia válida a la hora de diseñar el tratamiento.

La advertencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en su sentencia de 1983 sobre la Ley del Censo se ha materializado con toda su fuerza. Hoy parece evidente que "ya no existe, bajo las condiciones del tratamiento automático de datos, ningún dato "sin interés"". El riesgo de reidentificación, las inferencias o los mecanismos de perfilado, combinados con el *big data* y el tratamiento algorítmico de la información, hacen de los modelos de protección una fortaleza necesitada de constante revisión. En este sentido, que el legislador europeo haya hecho de la proactividad el rasgo característico del sistema es todo un acierto, pues convierte en obligación jurídica lo que, inevitablemente, iba a ser una necesidad fáctica.

En la misma línea de adecuación a los retos de la era digital debe entenderse la jurisprudencia del TJUE que, con el asunto Nowak, parece remarcar la pertinencia de utilizar un concepto amplio de dato personal. Uno que incluya como criterios identificativos, además del contenido (reflejo de la realidad personal), la finalidad y los efectos. Esas dos variables adicionales amplían el abanico de situaciones a las que sería de aplicación la normativa de protección de datos. Ello es así, porque la conexión ya no se produciría, exclusivamente, debido al vínculo dato-persona, sino que también surgiría del tratamiento en que la información se utilizase. El contexto pasa a ser un criterio identificador más.

Sin embargo, el contexto, por su naturaleza adaptativa, permite, en una interpretación extensiva (acaso excesiva), justificar la aplicación de la normativa de protección de datos a cualquier tratamiento en el que se constate que esa operación tiene consecuencias para una persona determinada, con independencia de cómo se hubieran calificado a los datos utilizados (personales o no personales). De este modo, el carácter personal de la información ya no sería un *a priori* a constatar, sino una posibilidad a verificar en cada tratamiento concreto. Con todo, esta interpretación no deja de ser una mera elucubración, pues, a día de hoy, el RGPD excluye de su ámbito de aplicación los datos anónimos (Considerando 26), por lo que, el criterio interpretativo amplificado siempre tendría por límite a ese tipo de informaciones.

Ampliar las posibilidades de identificación dota de mayor flexibilidad al concepto dato personal y, sobre todo, permite ofrecer protección a un número más amplio de situaciones en las que el tratamiento de datos podría llegar a afectar a una persona. No obstante, esa extensión tiene como contrapartida un debilitamiento de la seguridad jurídica, pues la normativa a aplicar ya no vendrá determinada, en exclusiva, por criterios objetivos, sino que dependerá de la realidad específica en que operen las variables a considerar. Sin embargo, la pérdida de certeza parece un coste asumible, si con ello se cuenta con mejores instrumentos para afrontar un escenario tan complejo y cambiante como el actual.

Si aceptamos la idea de que todo dato es un dato personal, propuestas como la realizada por Purtova[6] cobran pleno sentido y deberían ser tomadas en consideración. Para esta autora, habría que abandonar el uso formal del concepto dato personal y articular un modelo de protección en el que las medidas se adoptasen en función de la finalidad del tratamiento y, sobre todo, en los efectos y riesgos que pudiera tener para las personas. Se trataría de un sistema escalable, en el que las consecuencias serían el elemento determinante a la hora de fijar las obligaciones y exigencias para los operadores de datos. La lógica es evidente, a mayor intensidad en la afectación o a mayor riesgo, medidas más restrictivas. En última instancia, se trataría de evaluar las características de la operación que se quiere efectuar. En ese escenario, la naturaleza de la información, esto es, el grado de conexión entre el individuo y la información, sería una variable a considerar, pero no la única, ni el criterio de inclusión/exclusión. Una propuesta de este cariz requiere dar una vuelta de tuerca más al modelo de protección, ya que implica cambiar el centro de imputación del derecho, para transitar del dato personal al tratamiento personal.

Aunque, con la regulación actual del RGPD, la propuesta de Purtova no es viable, considero que no está tan lejos el momento en que una conceptualización así deba ser asumida. La apuesta por la proactividad y la atención al riesgo que inspira el RGPD está generando el sustrato y cultura jurídica adecuados para que, cuando la fuerza de lo fáctico haga que sea prácticamente indiferente la naturaleza inicial de la información, estemos en condiciones de aceptar como natural el modelo que Purtova plantea como ideal.

VIII. UN FUTURO DESAFIANTE

Los ingenios tecnológicos que se han ido gestando en las últimas décadas no solo han afectado a sectores concretos, sino que han ido modulando a la sociedad. Estamos inmersos en una revolución, un auténtico cambio de era alimentado por un sinfín de innovaciones constantes. La velocidad con la que se producen

6. PURTOVA, N. N., "The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law", Law, Innovation and Technology, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 40-81.

las transformaciones, la imposibilidad de asimilarlas y, consecuentemente, de integrarlas en las lógicas y dinámicas preexistentes, hacen de estos unos tiempos inciertos. La forma de vivir y relacionarse en sociedad e, incluso, el modo en que se organiza y controla el poder está mutando ante nuestros ojos. El foro público es, cada vez más, un foro digital.

La profundidad del cambio social y político es una incógnita por despejar, se desconoce lo que aguarda en los abismos más profundos de la era digital, pero ya tenemos algunos atisbos, como el poder cuasi omnímodo de las compañías transnacionales, esenciales para hacer girar el mundo virtual, el decisionismo de la IA o la dilución de la idea de comunidad. Al alterarse la forma de relacionarnos, también lo hacen los pilares sobre los que se asientan las democracias liberales: los derechos, el pueblo como sujeto político o la separación e independencia de los poderes se tambalean.

Garantizar los derechos y libertades, evitar que la revolución técnica los arrase por completo, constituye uno de los grandes desafíos de nuestro tiempo. En este escenario, el derecho a la protección de datos es una pieza crucial, no solo por ser el instrumento mediante el que asegurar un uso jurídicamente aceptable de una materia prima esencial para el desarrollo digital, sino, sobre todo, por lo que puede aprenderse de su evolución histórica y constante perfeccionamiento y adaptación a las creaciones y metamorfosis que la tecnología genera. En efecto, aunque se trata de un derecho que se aplica a cualquier tratamiento de datos personales, es en los automatizados donde despliega todo su potencial. En este sentido, la principal lección que puede extraerse del proceso de decantación del derecho a la protección de datos es que lo fundamental es identificar la finalidad que justifica la existencia del derecho a proteger, así como el bien jurídico que efectivamente se pretende salvaguardar. Si las bases están claras, el modo de cumplirlas puede variar, siendo posible realizar ajustes en función del contexto sobre el que vaya a desplegarse.

Dado el dinamismo que caracteriza a la realidad actual, la legislación parece condenada a abrazar el cambio como algo natural, incluso necesario. No obstante, la seguridad jurídica demanda de cierto grado de predictibilidad y certeza, además, resulta técnicamente imposible estar modificando constantemente la normativa (y aunque lo fuese no sería deseable). Por consiguiente, parece razonable adoptar políticas legislativas capaces de responder a diferentes escenarios sin perder su esencia. Los principios generales deben tener un papel más protagónico, los mecanismos de respuesta han de ser flexibles y la anticipación y prevención de riesgos han de asumirse como una constante transversal a cualquier regulación del espacio virtual. Solo así se podrá evitar la obsolescencia cuasi-inmediata de los mecanismos destinados a salvaguardar los derechos y libertades.

En la medida en que el cambio es inherente a la condición humana, el Derecho debe valerse de aquellos instrumentos que le permitan adaptarse a la condición evolutiva de la sociedad. En caso contrario, será incapaz de llevar a efecto su

función racionalizadora de la convivencia en comunidad y, por paradójico que pueda resultar, el desarrollo técnico terminará comportando la involución de la persona como ser social, así como la pérdida de aquello que nos hace humanos. En el Derecho está el remedio para evitarlo, usémoslo con inteligencia (humana).

La transparencia y el derecho de acceso a la información pública en el estado social y democrático de derecho

Eloísa Pérez Conchillo

Doctora por la Universidad de Granada

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

SUMARIO:

I. Introducción.
II. La transparencia en el Estado social y democrático de Derecho.
III. El derecho de acceso a la información pública: naturaleza jurídica.
IV. Tesis defendida.

NOTA BIOGRÁFICA:

Eloísa Pérez Conchillo es graduada en Derecho por la Universidad de Granada (2014), máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid (2017), máster en derechos fundamentales en perspectiva nacional, supranacional y global por la Universidad de Granada (2018) y doctora en Derecho Constitucional con mención Doctorado Internacional, sobresaliente cum laude (2022). Durante su etapa de formación predoctoral fue beneficiaria de una Ayuda para la Formación de Doctores (antiguas FPI) concedida en el marco de un Proyecto de Investigación nacional. Ha realizado estancias de investigación en la Universidad de Cambridge (2019 y 2023) y en la Universidad de Leipzig (2020). Actualmente es investigadora postdoctoral en el marco del Proyecto de Investigación Nacional I+D+i PID2019-106118GB-I00 "La configuración del espacio público en las redes sociales y su incidencia sobre la democracia pluralista y la Constitución", desempeñando tareas investigadoras y docentes en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

I. INTRODUCCIÓN

Mi andadura e inquietud investigadora comenzaron ya en 2014 cuando terminé el Grado en Derecho en la Universidad de Granada. Inspirada por valores de justicia que habían calado en mí durante mis estudios de Grado, así como por el arranque propio del momento comencé a preparar las oposiciones a la carrera judicial y fiscal durante los siguientes dos próximos años.

Nunca habría imaginado que la dificultad e intensidad de ese periodo me llevaría a darme cuenta de que lo que verdaderamente me ilusionaba y me movía era la investigación. Esa etapa de tránsito (profesional y vital) en realidad me regaló claridad sobre lo que quería hacer en adelante y, ahí mismo, el espíritu académico y el deseo (casi obstinado) de empezar la carrera académica hicieron todo lo demás.

Me habían hablado de lo difícil que era abrirse un hueco en la Universidad, pero mi convencimiento hizo que todas las decisiones que tomé posteriormente terminaran llevándome un día en 2017 (mientras cursaba el máster de Justicia Criminal

en la Universidad Carlos III de Madrid) a la puerta del despacho del entonces Director del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, el profesor José Antonio Montilla Martos.

Recuerdo ese primer encuentro como si fuera ayer. Me recuerdo tan ilusionada como nerviosa cuando fui a presentarme al profesor Montilla para contarle mi trayectoria y mi idea (reconozco ya irrevocable) de hacer la tesis en Derecho Constitucional. Desde que comencé el Grado, el estudio del Derecho Constitucional fue para mí un descubrimiento ilusionante. Y, en eso, tuvieron gran parte de responsabilidad los profesores Ricardo Martín Morales y Augusto Aguilar Calahorro, de los que tuve la suerte de aprender en los primeros cursos del Grado.

De ese encuentro con el profesor Montilla salí con un horizonte claro y con una ilusión y motivación que aún recuerdo y conservo. El profesor Montilla accedió de buen grado a dirigir mi tesis y, guiada por sus consejos, el curso siguiente (17/18) realicé el máster de derechos fundamentales en perspectiva nacional, supranacional y global impartido por los profesores del Departamento de Constitucional de la Universidad de Granada mientras que, a la vez, me matriculé ya como alumna del Programa de Doctorado en ciencias jurídicas de este misma Universidad para empezar la tesis doctoral.

De nuevo fueron los consejos y la visión experimentada de mi director de tesis, el profesor Montilla, los que me ayudaron a esclarecer la elección del tema de la tesis y así fue como comencé a estudiar la dimensión constitucional de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública. El tema era un reto por varios motivos: En primer lugar, porque era una materia tradicionalmente parametrada por una visión administrativista apegada a la idea de procedimiento administrativo, evocada por una suerte de "acceso a los archivos y registros administrativos" a los que alude la Constitución en su artículo 105.b). En segundo lugar y, consecuencia de lo anterior, porque no había prácticamente estudios académicos que profundizaran desde una perspectiva constitucional sobre la configuración y alcance constitucional de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, contextualizado además en el marco de la actual sociedad tecnológica y de la información.

A ello se sumaba, además, el interés que despertaba en mí el estudio dogmático de los derechos fundamentales. Esto, trasladado a al objeto de estudio fue un motivo más para escoger el tema de tesis. Toda vez que, desde el principio, fue llamativo darme cuenta de que el ordenamiento jurídico español andaba claramente desfasado en esta materia respecto de otros países de la Unión Europea, pero, sobre todo, atendiendo a los estándares de protección internacional que emanaban de los instrumentos normativos aplicables y de los criterios hermenéuticos desarrollados por los tribunales internacionales.

La propuesta temática del profesor Montilla me atrapó desde el principio. Ya realizando el trabajo fin de máster de derechos fundamentales (2018), bajo la tutela

del profesor Augusto Aguilar Calahorro pude hacer una primera inmersión en el objeto de la tesis y corroborar que era el tema que quería estudiar durante los próximos años de mi carrera académica. He de reconocer que la tutorización del profesor Augusto Aguilar Calahorro traspasó con creces ese trabajo y, poco después, tuve la suerte de que se convirtiera en codirector de mi tesis junto al profesor Montilla.

La elaboración de las hipótesis de trabajo y el método para construir la tesis, sin duda, llevan como impronta el sello de mis dos directores de tesis a los que siempre estaré agradecida. Muchas veces me ayudaron a aterrizar ideas que no siempre eran fáciles de plasmar sobre el papel y otras muchas a acotar el objeto (diría ambicioso) de la tesis.

En un primer momento las preguntas que hicieron que me lanzara a investigar sobre este tema fueron esencialmente las siguientes: ¿Qué lugar ocupa la transparencia en el Estado social y democrático de Derecho? Y, en segundo lugar, ¿el derecho de acceso a la información pública debe ser considerado un derecho fundamental?

En cualquier caso, el planteamiento de esas preguntas ha estado determinado por el objeto central de la investigación, que busca contribuir a la comprensión del principio de transparencia y del derecho de acceso a la información pública como pilares del Estado social y democrático de Derecho. En particular, con el objetivo de construir su enmarque democrático a partir de su configuración y naturaleza jurídico constitucional.

Las hipótesis de trabajo que principalmente he manejado son: 1) Que la transparencia constituye un elemento esencial del principio democrático, aunque ese nexo no tiene un adecuado reconocimiento constitucional en nuestro ordenamiento jurídico; 2) Que, aunque no se reconozca ni legal, ni jurisprudencialmente en España, el derecho fundamental a recibir información no puede contemplarse hoy sin incluir el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de aquel. Este derecho fundamental debe interpretarse conforme al contexto internacional, donde sí se ha desarrollado la vertiente objetiva democrática del derecho de acceso a la información pública como manifestación de la libertad de información.

Los objetivos concretos de la tesis para demostrar las hipótesis planteadas han sido: 1) Definir y delimitar cuál es el contenido jurídico constitucional de la transparencia teniendo en cuenta sus características, elementos configuradores, así como su finalidad y fundamento constitucional; 2) Justificar que el principio de transparencia tiene base constitucional en el principio democrático, teniendo en cuenta el desarrollo que este último ha tenido a lo largo de la evolución del propio constitucionalismo; 3) Justificar que el acceso a la información pública constituye una importante manifestación de la libertad de información del art. 20.1.d) CE conforme a la interpretación evolutiva de los derechos.

La metodología multinivel inherente al estudio de los derechos en los distintos planos constitucionales ha sido determinante en la forma de abordar este estudio. De la misma manera, no han pasado desapercibidos los desafíos tecnológicos y de la información que afectan al constitucionalismo contemporáneo. En la tesis también he tenido en cuenta este aspecto para valorar en qué medida la realidad tecnológica tiene influencia en el objeto de estudio, esto es, en el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública. Así pues, para abordar la tesis sobre estos dos pilares presto especial atención a la teoría general de los derechos fundamentales, así como a la interpretación evolutiva de los mismos conforme al art. 10.2 CE y la propia dogmática constitucional respecto a éste último.

Para conseguir los objetivos generales y específicos marcados por el proyecto de investigación, la tesis se estructura esencialmente en dos partes. En la primera, organizada en tres capítulos, me dedico al estudio de la transparencia desde una perspectiva constitucional. En el primer capítulo realizo una aproximación general y dogmática a la caracterización constitucional de la transparencia. Ello permite en el segundo capítulo profundizar en el encaje constitucional de la transparencia en el marco del Estado social y democrático de Derecho actual. Y, finalmente, en el tercer capítulo analizo su configuración legal en el ordenamiento español a partir de un estudio pormenorizado de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

En la segunda parte de la tesis me dedico, ya específicamente, al análisis constitucional del derecho de acceso a la información pública, para lo que estructuro esta parte en dos capítulos. En el primero de ellos analizo el derecho de acceso a la información pública en el marco del constitucionalismo multinivel, tanto desde una perspectiva normativa internacional, como jurisprudencial de los tribunales internacionales. En el segundo capítulo analizo el derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento español. En este caso con el objetivo de profundizar ya sobre la configuración constitucional y el alcance de este derecho a partir de las aportaciones doctrinales, jurisprudenciales del TS y del TC y de los propios Consejos de transparencia para finalmente desarrollar cuál debería ser, a mi juicio, su configuración constitucional y naturaleza jurídica.

La tesis presentada no muestra verdades categóricas o cerradas sino propuestas que buscan ofrecer una mirada actualizada, presente y futura, de la transparencia y el acceso a la información pública en el constitucionalismo del siglo XXI. Las siguientes páginas tratan de aproximar, modesta y resumidamente al lector, al objeto de la tesis subrayando aquellas cuestiones claves por las que entiendo que la transparencia y el derecho de acceso a la información pública se encuentran en la agenda del constitucionalismo actual como pilares que

afianzan el Estado social y democrático de Derecho en una sociedad cada vez más "líquida"[1] y sujeta a constante cambio.

II. LA TRANSPARENCIA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

En esta primera parte de la tesis encontramos un escollo a nivel normativo si atendemos al hecho de que ni la transparencia ni el acceso a la información pública (como directa manifestación de aquella) cuentan con un reconocimiento constitucional expreso que permita aclarar las dudas en torno a su encaje constitucional y, consecuentemente, en torno a la cuestión clave sobre su respectiva naturaleza jurídica.

Por su parte, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTAIBG) se constituye como desarrollo normativo de esta materia y se ancla (insuficientemente como veremos) en el art. 105.b) CE. Esta ley no define la transparencia, pero sí contiene sus elementos esenciales desdoblando el principio de transparencia en: un deber de publicidad activa que recae sobre los sujetos obligados a hacer disponible la información de *motu proprio* (esto es, aún sin requerimiento previo) y un derecho subjetivo de acceso a la información pública a favor de la ciudadanía.

En este sentido, la transparencia puede entenderse como un principio constitucional vinculado con el principio democrático que debe regir las relaciones entre el poder público y la ciudadanía y que consiste en hacer disponible la información pública para facilitar el conocimiento y la efectiva participación de la ciudadanía en los asuntos públicos.

En cuanto a los elementos configuradores de la transparencia, en la tesis he defendido que, en efecto, la transparencia guarda una especial relación con la publicidad, pero no sólo basta con cumplir criterios de publicidad (esto es, la disponibilidad formal de la información) para entender satisfecha la transparencia. De aquí se derivan dos idas: 1) La publicidad es parte de la transparencia, pero por sí sola no la garantiza; 2) Mucha publicidad no significa más o mejor transparencia porque no cualquier tipo de publicidad coadyuva a tener un sistema más transparente.

El principio de transparencia no sólo requiere la difusión de información activa y el reconocimiento subjetivo de un derecho de acceso a la información, sino que, junto con la publicidad, también habrá que atender (desde una perspectiva finalista) a criterios de simplicidad y claridad que faciliten la inteligibilidad de la

1. Término utilizado por BAUMAN, Z. *Modernidad líquida*, traducción de Mirta Rosenberg en colaboración con Jaime Arrambide Squirru, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2016.

información y su comprensión a la ciudadanía. Tales elementos, esto es, la publicidad activa y pasiva, unida a criterios de simplicidad y claridad sí permiten hablar ya de forma integral de transparencia como una cualidad del poder público.

Junto al estudio de los elementos que componen la transparencia he defendido en la tesis que ésta facilita a su vez dos consecuencias democráticas. Por un lado, sirve de presupuesto previo para la efectiva participación en los asuntos públicos en la medida en que sólo los ciudadanos informados son verdaderamente libres para participar de manera efectiva en los asuntos públicos. Por otro lado, la transparencia aporta también criterios de seguridad jurídica porque facilita la previsibilidad de la acción de los poderes públicos en base a razones fundadas de certeza que justifican que el poder público ha actuado legítimamente bajo las previsiones del Estado de Derecho.

Una vez efectuada esta primera aproximación conceptual y situacional de la transparencia en el Derecho Constitucional, analizo en la tesis cuál es su encaje constitucional en el Estado social y democrático de Derecho. Para ello parto del estudio de su naturaleza jurídica. En este sentido, muestro cómo no existe consenso entre la doctrina para categorizar la transparencia como un derecho, un principio o un valor del ordenamiento jurídico. Lo cual he tratado de reflejar en la tesis a través de la exposición de las distintas posiciones doctrinales y los argumentos principalmente sostenidos para categorizarla en cada caso como un derecho, un principio o un valor del ordenamiento. No obstante, en una interpretación sistemática de la Constitución, de la LTAIBG y atendiendo a la jurisprudencia más relevante dictada en la materia he defendido la naturaleza jurídica de la transparencia como un principio constitucional del ordenamiento.

Un principio porque de él se derivan concretas reglas jurídicas expresadas en forma de obligaciones al poder público (que tiene que difundir la información en su poder), así como en forma de un derecho subjetivo de la ciudadanía a acceder a la información pública. Además, con tales reglas pretenden realizarse los valores superiores del ordenamiento jurídico o fines axiológicos de la Constitución con los que guarda íntima conexión, a saber: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

A continuación, para profundizar sobre el encaje constitucional de la transparencia, abordo en la tesis una propuesta que trata de visibilizar y reforzar el papel de la transparencia como presupuesto del principio democrático en el constitucionalismo actual. La conexión actual entre transparencia y democracia es cada vez más evidente y se hace expresiva con la idea del gobierno democrático como el "régimen del poder visible"[2]. Naturalmente la democracia exige que los poderes del Estado actúen en el marco de sus funciones constitucionales, pero además es

2. BOBBIO, N. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

requisito *sine qua non* que lo hagan bajo la mirada de la ciudadanía. Esta premisa aboca necesariamente en el estudio de la relación existente entre transparencia y democracia. De ahí que haya propuesto en la tesis una reconstrucción de los factores que entiendo que permiten explicar ese nexo. Esos factores, a los que he denominado endógenos y exógenos, influyen en el significado tradicional de la democracia y redundan en el fenómeno de la transparencia. Entre tales factores cabría subrayar, por lo que ahora interesa:

1) Que la legitimidad de origen atribuida implícitamente a los representantes políticos libremente elegidos tras la celebración de elecciones no basta para llevar a cabo la acción del Gobierno. Dicha legitimidad de origen debe traducirse en una legitimidad en el ejercicio del poder, para facilitar la intervención de la ciudadanía en los asuntos públicos a través de la dación de cuentas y el escrutinio. Por ello, cabe afirmar que la transparencia se vincula con la legitimidad del poder, permitiendo llevar nuestro modelo de democracia representativa a una versión más participativa y deliberativa, basado en presupuestos más inclusivos con la ciudadanía.

2) Que el principio de transparencia es el elemento definitorio clave que identifica el contenido esencial del principio democrático en la actualidad. Como es sabido, el concepto del principio democrático ha ido evolucionando a la par que el propio constitucionalismo y, en este sentido, ha estado marcado por una serie de momentos claves: a) En la primera fase del constitucionalismo, anterior a las constituciones normativas, subyace una concepción formal del principio democrático basado en la idea de la mayoría parlamentaria (entendida ésta como sinónimo del conjunto social) y de un pueblo homogéneo y único; b) Esta concepción formalista rompe después de la segunda guerra mundial, donde puede situarse la segunda fase. En esta fase el concepto de democracia se articula sobre la idea del pluralismo y el reconocimiento del conflicto como inherente a la sociedad. De ahí que el contenido de la democracia se vea presidido por un proceso de racionalización y limitación del poder donde ya no vale solo el gobierno de la mayoría parlamentaria sino el gobierno de la mayoría pero con respeto a los derechos de las minorías; c) Junto a estas dos etapas, considero viable añadir que actualmente estamos asistiendo a un proceso constructivista del principio democrático en su tercera etapa en la que la transparencia se sitúa como elemento clave definidor de la democracia actual. La exigencia de esta tercera etapa viene también marcada por las circunstancias a las que se enfrenta el constitucionalismo actual en lo relativo al proceso de comunicación en el paradigma global. En este sentido, quizás, hoy no resulte suficiente con la conquista pluralista, siendo necesario impulsar la transparencia como elemento clave y definitorio del principio democrático.

Esa necesidad se advierte, por un lado, del propio proceso de globalización, ya que resulta preocupante y paradójica la regresión y deslegitimación que está sufriendo en este escenario la conquista pluralista de toma de decisiones por

la gran influencia de agentes privados que interfieren en la esfera pública sin mecanismos de transparencia que controlen su actuación. En todo ello, el poder estatal ha quedado reducido, dispersándose también con ello parte del pluralismo democrático que tradicionalmente el Estado ha sido capaz de garantizar.

Por otro lado, la necesidad de vincular la transparencia a la esencia del principio democrático se advierte también en cómo las características de la globalización han incidido en el propio proceso de integración europea. En este sentido, la reforma del art. 135 CE es un ejemplo de cómo se constitucionaliza una medida marcada por el fenómeno global en el ámbito europeo, sin mecanismos de transparencia.

Junto a estos elementos, existen otras circunstancias externas o contextuales que están reforzando el nexo entre transparencia y democracia. Me refiero con ello en la tesis al contexto de la sociedad digital y de la información. Ya que con Internet la ciudadanía tiene mayor accesibilidad a la información. Esa mayor accesibilidad de la información tiene obvios beneficios para la sociedad, pero también ha traído graves problemas para el desarrollo democrático del proceso comunicativo. Actualmente, el pluralismo y la propia libertad de expresión e información veraz están viéndose altamente afectadas por el fenómeno de la desinformación, las *fake news* y la polarización, entre otros factores. Llegados a este punto de la tesis propongo identificar la tercera fase del principio democrático como el control del poder a través de las decisiones adoptadas por la mayoría parlamentaria, con respeto a los derechos de la minoría, pero subrayando la necesidad de que el poder público actúe con transparencia en el marco de la sociedad de la información.

Una vez estudiada la fundamentación teórica y la dimensión constitucional del principio de transparencia, desciendo en la tesis al ámbito legal para estudiar cuál ha sido su configuración en la ley, así como el estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico español a propósito de la normativa aplicable. Con carácter general cabe subrayar que la LTAIBG se aprueba como la primera ley específica y transversal en la materia. Pero, en lo que interesa destacar ahora me centraré en el encaje constitucional de la ley. Este aspecto se considera uno de los puntos más criticables y problemáticos porque se trata de una ley que viene a cubrir una laguna previa en la materia, al no existir hasta el momento una ley específica al respecto, pero que al haberse configurado exclusivamente en base al art. 105.b) CE, no permite desplegar el régimen de garantías que en realidad debería serle propio. Puesto que este precepto resulta insuficiente para "absorber" la esencia democrática de esta materia en toda su extensión. Dicho desarrollo debería haberse efectuado con apoyo en otros preceptos constitucionales como son los arts.1, 9 y sobre todo 20 de la CE.

La confusión que con ello genera el legislador deriva: 1) En una limitación de las garantías especiales que corresponderían a la transparencia y el acceso a la información si la ley se hubiera encuadrado constitucionalmente en conexión con un derecho fundamental (como es el caso de la libertad de información);

2) Además, genera una falta de correspondencia entre lo dispuesto en el art. 105.b) CE y el desarrollo que se ha efectuado por mor de la LTAIBG. Esa falta de correspondencia se advierte en torno a: a) Los sujetos obligados, ya que el art. 105.b) CE va específicamente dirigido al Gobierno y la Administración cuando, sin embargo, el elenco de sujetos obligados previsto en la ley excede de tales sujetos, obligando con carácter general al poder público e incluso a sujetos privados que reciben dinero público por encima de ciertos umbrales; b) Dicha disidencia también se aprecia en los sujetos beneficiarios del derecho, pues mientras que de la lectura conjunta del art. 105 en sus tres apartados podría pensarse que el apartado b) exige la condición de interesado (tal como sucede en el apartado a y c), el sujeto beneficiario del derecho en la ley se reconoce con carácter general a favor de todas las personas sin necesidad de tener la condición de interesado ni acreditar un interés específico; c) El ámbito objetivo también difiere del plano constitucional al legal, ya que mientras que la Constitución se refiere de forma más limitada "a los archivos y registros administrativos", la LTAIBG reconoce y regula más ampliamente el derecho de acceso a la "información pública".

Subrayo, no obstante, en este punto que esa falta de identificación en ningún caso quiere reflejar en la tesis una interpretación de lo dispuesto en la Constitución al amparo de la LTAIBG, sino únicamente poner de manifiesto la insuficiencia del anclaje efectuado por el legislador.

El resultado al que se llega con este anclaje efectuado por el legislador genera una paradoja y es que, aun regulando el legislador de forma amplia y expansiva en muchos puntos el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública, lo hace sobre una base constitucional limitada, con las propias limitaciones de garantías constitucionales que ello supone para la transparencia y el derecho de acceso a la información pública al relegarse a mero derecho de configuración legal.

Una vez configurado el principio de transparencia en el ordenamiento constitucional podemos a continuación profundizar sobre el derecho de acceso a la información pública como una manifestación esencial de dicho principio.

III. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: NATURALEZA JURÍDICA

El estudio de este derecho ha sido un pilar esencial de la tesis, que ha constituido la 2ª parte de la investigación, y que ha tenido como objetivo específico determinar su alcance y naturaleza jurídico-constitucional. Para ello atiendo en la tesis al contexto multinivel, ya que de esta forma puede conocerse cuál es la realidad del derecho de acceso a la información en cada uno de los espacios constitucionales que interaccionan (esto es, el ámbito de la ONU, del Consejo de Europa y de la UE) para perfilar así su contenido esencial.

En esta línea, no puede obviarse que las distintas aportaciones normativas y jurisprudenciales de los distintos planos se constituyen, en base al art. 10.2 CE, en canon interpretativo de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Ahora bien, respecto a este último precepto hay que tener presentes las limitaciones que el TC ha derivado del art. 10.2 CE al no considerarlo canon autónomo de validez de las normas internas sobre derechos y, por tanto, no atribuirle la capacidad de crear nuevos derechos que no estén consagrados en la Constitución.

Por lo que respecta al ámbito global de la ONU cabe subrayar que tanto el art. 19 DUDH como del PIDCP contemplan una dimensión activa de búsqueda de la información en el marco de la libertad de información.

Desplazándonos al ámbito regional europeo, resulta especialmente interesante analizar cómo se interpreta el derecho de acceso a la información a partir de los instrumentos normativos aplicables. En el Consejo de Europa el derecho de acceso a la información pública se ha llegado a iusfundamentalizar, por vía pretoriana del TEDH, al considerarlo bajo ciertos requisitos como un *prius* democrático para la efectividad de la libertad de información garantizada en el art. 10 CEDH. Sin embargo, en el ámbito de la UE se ha reconocido el derecho de acceso a los documentos de la UE como un derecho autónomo, desvinculado de la libertad de información y ubicado en el marco del estatus de la ciudadanía en el art. 42 CDFUE.

Entre la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, sin duda, cabe destacar especialmente las aportaciones realizadas por el TEDH, pues este último ha permitido identificar los elementos claves que denotan sus matices de iusfundamentalidad a partir del paradigmático asunto Magyar dictado en 2016. En este caso, el TEDH extiende la función de vigilante público o *watchdog* típicamente atribuida a favor de la prensa, ONG o investigadores académicos a favor de *bloggers* y usuarios populares de redes sociales, teniendo en cuenta el papel que hoy juega Internet para facilitar el acceso a las noticias y la difusión de información. No obstante, el motivo esencial por el que este asunto se constituye en un punto de inflexión en la jurisprudencia del TEDH es porque en él construye la iusfundamentalidad del acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información en base a un test de iusfundamentalidad que elabora sobre 4 criterios. Tales elementos son: 1) la finalidad de la solicitud información. Según el TEDH, la recopilación de la información debe ser un paso preparatorio relevante para el debate público. 2) Naturaleza de la información solicitada. Para superar este requisito el TEDH entiende que la información debe ser de interés público para la sociedad permitiendo así la participación de la sociedad en los asuntos públicos. 3) El rol del solicitante. Bajo este requisito el TEDH valora que el solicitante actúa como *watchdog* con la finalidad de informar al público. De ahí que el tribunal haya otorgado este rol especialmente a favor de los periodistas. No obstante, aunque el TEDH ha ido extendiendo dicha función, no comparto la valoración que efectúa de este elemento desde una perspectiva un tanto formalista, atendiendo a la

función que desempeña el sujeto. En mi opinión, tendría más sentido visualizar la función de *watchdog* desde una perspectiva finalista valorando si se contribuye o no al debate público al margen de la función desempeñada, ya que esta opción parece ir más en la lógica de la deriva tecnológica en el contexto de la sociedad de la información. Entiendo que ésta es la inercia que permitirá la consolidación del acceso a la información pública precisamente como un derecho reconocido a favor de todas las personas sin distinción del estatus formal del solicitante. 4) Que la información esté lista y disponible. Éste es el último requisito para valorar la conexión entre el acceso a la información y la libertad de información del art. 10 CEDH y se traduce en que el acceso a la información no exija una acción previa de reelaboración o recopilación sino que esté ya lista.

Bajo estos parámetros, el TEDH visualiza el derecho de acceso a la información pública en clave del derecho a la libertad de comunicar y recibir información consagrado en el art. 10 CEDH.

Llegados a este punto puede concluirse claramente que no existe correspondencia entre la configuración que adquiere el derecho en sede internacional y la que tiene en el ámbito interno puesto que, como se deriva del anclaje efectuado por el legislador en el art. 105.b) CE, el derecho de acceso a la información pública se ha configurado en España como un derecho de carácter legal (desvinculado de la libertad de información) en virtud de la LTAIBG. No obstante, que no se haya apreciado su conexión con este derecho fundamental a la hora de configurar la naturaleza jurídica del derecho no significa que no ostente una clara relación de instrumentalidad con él (al igual que se ha reconocido por la jurisprudencia constitucional su instrumentalidad con otros derechos fundamentales como son la participación política del art. 23 CE o la tutela judicial efectiva, art. 24 CE).

En la tesis he tratado de justificar la vinculación nuclear que existe entre el acceso a la información pública y la libertad de recibir información del art. 20.1.d) CE a partir de una revisión sobre el contenido de las libertades comunicativas, especialmente sobre la modalidad de la libertad de recibir información, atendiendo al contexto digital. Al respecto se valora que las premisas básicas sobre las que se ha construido la libertad de información han estado determinadas por el contexto analógico en el que los medios de comunicación tradicionales (prensa, radio y televisión) tenían el protagonismo esencial en el proceso comunicativo. Ello se observa de la propia sistemática del precepto que protege no cualquier tipo de información sino la información veraz y de interés público, tutelando además cláusulas exclusivamente predicables de los profesionales de la información como son la cláusula de conciencia y el secreto profesional. Todo ello ha llevado a una cierta visión de las libertades comunicativas pautada por la atribución del rol activo de la comunicación especialmente a favor de los profesionales de la información. De esta forma, ha existido una tendencia a posicionar la libertad de comunicar la información como protagonista frente a la dimensión pasiva y/o receptora de la información en la que tradicionalmente se ha situado a la ciudadanía como consumidor de la información.

Sin embargo, se observa que con el desarrollo de la tecnología y la sociedad de la información se ha producido un salto cualitativo en la órbita de las relaciones interpersonales y, en definitiva, en la forma en que se ejercen las libertades comunicativas. Las pautas comunicativas en el contexto digital son distintas a las propias del contexto analógico y en esta línea se justifica la necesaria revisión y relectura del contenido esencial de este derecho para que siga siendo eficaz en el contexto actual en que se ejerce y se aplica.

En la tesis la necesidad de dicha relectura se ha plasmado en base a: 1) La dificultad de mantener activos parámetros como la veracidad de la información, que tradicionalmente han sido requisito *sine qua non* para la protección constitucional de las libertades comunicativas y que hoy plantean dificultades a través de una multitud de fenómenos desarrollados en el marco de la sociedad digital globalizada, como la desinformación, fake news, manipulación y control de contenido en internet, entre otros. 2) La concurrencia de nuevas pautas de comportamiento donde los sujetos típicamente activos y pasivos de la comunicación han cambiado. Por un lado, los profesionales de la información ya no son los únicos protagonistas en la transmisión de información. Con el uso de las redes sociales, la ciudadanía ya no se identifica con el rol pasivo receptor de la información que le ha estado destinado durante mucho, ya que hoy las personas individualmente y, desde una perspectiva finalista, también pueden ejercer una función de *watchdog* público difundiendo información, o reclamarla desde una posición receptora actualizada. 3) El medio para difundir y recibir la información también ha cambiado, ya que el debate público ha dejado de monopolizarse por los medios tradicionales de la comunicación para dar el salto en gran parte a las redes sociales. Con ello acontece un proceso de cambio y de desdibujamento entre el espacio público y el privado que no siempre resulta fácil de distinguir. Este aspecto se advierte críticamente en tesis en alusión a la STC 27/2020, de 24 de febrero, donde el TC rechaza la consideración del entorno digital como espacio público. En la investigación justifico que esta visión clásica del TC resulta discutible puesto que es importante tener en cuenta que aunque las plataformas digitales sean empresas privadas, en la práctica se han convertido en foros y espacios abiertos para el debate y la conformación de la opinión pública.

Con todo eso subrayo en la tesis la insostenibilidad dogmática que supone conceptualizar la recepción de la información como mera obtención pasiva de la información. En este sentido, resulta necesario invertir la posición protagonista del sujeto activo de la comunicación, reforzando la posición receptora del sujeto pasivo, esto es, admitiendo el acceso a la información pública como manifestación de la libertad de información, con la finalidad de adecuar el contenido esencial de la libertad de información al contexto actual.

Aquí se abre una pregunta esencial en la investigación cual es la de si el derecho de acceso a la información pública debe considerarse una manifestación de la libertad de información. Atendiendo al estado de la cuestión la respuesta es negativa porque el derecho de acceso a la información se configura en España

como un derecho de carácter legal con base en el art. 105 CE. No obstante, la naturaleza jurídica de este derecho no es pacífica a nivel doctrinal y así lo reflejo en la tesis exponiendo las distintas posiciones doctrinales, a favor y en contra, de su iusfundamentalidad.

Por otro lado, se profundiza en la tesis sobre la posición han tenido el TS y el TC respecto a la naturaleza del derecho. En particular, por lo que respecta a este último y por el momento, la jurisprudencia del TC no se ha visto compelida por el desarrollo interpretativo efectuado en sede internacional ya que no ha habido un reconocimiento constitucional expreso a favor de esta dimensión de la libertad de recibir información. No obstante, existe un importante precedente que no se está teniendo en cuenta por dichos tribunales y que radica en la jurisprudencia evolutiva del TEDH en esta materia. En este sentido, cuestiono que el TC siga manteniendo la visión analógica y clásica construida sobre el art. 20 CE sin efectuar una relectura de este en el contexto de la sociedad digital actual. No obstante, aunque la postura del TC me parezca cuestionable no es sorprendente ni ilógica teniendo en cuenta su interpretación restrictiva sobre las posibilidades que brinda el art. 10.2 CE en torno a la interpretación evolutiva de los derechos.

En este punto efectúo en la tesis una aproximación en torno a la posición del TC sobre las posibilidades (integracionistas o de límite) que ha efectuado sobre el art. 10.2 CE. Al respecto suscribo en la tesis que el TC se ha mostrado ambivalente, habiendo casos donde destaca la adaptabilidad de los derechos por parte del TC al haberse sumado a la interpretación evolutiva de los derechos para acoger nuevas dimensiones o, incluso, derechos no reconocidos expresamente en la Constitución: (tal sería el caso del derecho fundamental a la protección de datos inferido del art. 18.4 CE; la asistencia jurídica gratuita del art. 119 CE como manifestación de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, en caso de falta de medios económicos; o el caso de la protección acústica frente al ruido como una manifestación que acoge el TC atendiendo a la jurisprudencia del TEDH, enmarcándolo en el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18 CE). Sin embargo, también existen otros supuestos de interpretación restrictiva del art. 10.2 CE donde el TC despliega las limitaciones que ha desarrollado sobre el precepto. Cabe citar aquí como ejemplo el caso de la reagrupación familiar como derecho del inmigrante a la vida en familia pues, pese a ser una manifestación contemplada por el TEDH en el marco del respeto a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH, el TC sostuvo en este caso que los TI no son canon de validez de las normas internas y, por tanto, dispone taxativamente que aunque en el ámbito internacional exista tal derecho no es un derecho contemplado en nuestra CE.

Estos ejemplos se exponen en la tesis para justificar que, en el caso del derecho de acceso a la información, nos encontramos frente a un derecho de configuración legal, *ex* art. 105.b) que puede y debe instrumentalizarse con el art. 20.1.d) en línea con la interpretación evolutiva de éste último, pues no resulta posible concebirlo de otra forma distinta a la que se ha hecho en el ámbito internacional.

No obstante, todo dependerá de la visión integracionista o de límite que el en caso concreto otorgue el TC al art. 10.2 CE.

IV. TESIS DEFENDIDA

Tras la síntesis de las consideraciones claves de la tesis, procedo a exponer brevemente la tesis que defiendo por considerarla la más fundamentada, así como la vía para su articulación en nuestro ordenamiento jurídico:

Tras todo lo expuesto en páginas anteriores, evidentemente habría que partir del art. 10.2 CE como referente para trasladar los avances desarrollados en el ámbito internacional al ordenamiento español. En esta línea, las limitaciones que el TC ha derivado en su doctrina del art. 10.2 CE no deberían suponer un problema en la medida en que no se trata de crear un nuevo derecho sino de actualizar una dimensión desfasada de la libertad de información en el contexto de la sociedad digital. Dicha dimensión se manifiesta claramente en la libertad de recibir información del art. 20.1.d) CE. La iusfundamentalidad del derecho de acceso a la información que defiendo no le viene dada por el art. 10.2 CE sino por el vínculo entre el art. 105 y 20 CE interpretados eso sí conforme al art. 10.2 CE.

Hay que recordar que la jurisprudencia constitucional ha reconocido la instrumentalidad del acceso a la información con otros derechos fundamentales como la participación política del art. 23 CE y la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, y ello se ha articulado a través de la Disposición Adicional 1ª LTAIBG (en adelante DA1ª) que prevé la supletoriedad de la ley de transparencia cuando concurra con ella un régimen especial de acceso a la información, (como ha sido el caso del derecho de acceso a la información pública como instrumental para el ejercicio del *ius in officium* de los representantes políticos y sindicales).

Para articular la tesis defendida sobre el derecho de acceso a la información como una manifestación del art. 20.1.d) CE acudo en la tesis a la referida DA1ª para analizar los casos en los que el derecho de acceso haya de considerarse como iusfundamental, sin resultar incompatible con la ley de transparencia. En este sentido he planteado en la tesis si la iusfundamentalidad del derecho se despliega o debe desplegarse en todo caso, con carácter general, o si debe ajustarse a una serie de supuestos. He defendido esta segunda opción.

A tenor de la referida DA1ª podemos distinguir entre un derecho de acceso general ordinario que quedará protegido en todo caso por las prescripciones de la LTAIBG y, otro cualificado, que resulta de un derecho de acceso a la información "especial" por ser instrumental para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Al margen de concretas vinculaciones entre el acceso a la información y el ejercicio de otros derechos que sí cuentan con regulaciones especiales de acceso a la información (como es el caso de los representantes políticos o sindicales), lo

que he tratado de justificar en la investigación es su instrumentalidad nuclear con la libertad de información; y ello con independencia de que incluso en este caso no exista un régimen especial aplicable capaz de desplazar la aplicación de la ley de transparencia (como sí sucede por ejemplo para el caso de los representantes políticos).

Que no exista un régimen especial aplicable al caso de la libertad de información no significa que pueda banalizarse su iusfundamentalidad bajo las prescripciones ordinarias de la ley. Precisamente por tratarse de un derecho fundamental deberá respetarse su contenido esencial, además, al vincular a los poderes públicos de manera directa, su efectividad no puede depender de que exista o no ley que lo desarrolle.

De esta forma apelo en la tesis al art. 53 CE como base constitucional a la que habría que acudir para garantizar de manera efectiva el acceso a la información como manifestación de la libertad de información. No obstante, para concluir planteo en la investigación cuándo se da esa instrumentalidad ¿Siempre y a favor de todas las personas?

La respuesta que considero más idónea para advertir la esencia democrática del acceso a la información pero sin llegar a banalizar su iusfundamentalidad es la de considerarlo como derecho fundamental a favor de todas las personas (por tanto al margen del rol formal que ejerza el sujeto), pero no en todo caso sino cuando se cumplan las condiciones desarrolladas por el TEDH. Esto es, finalidad de la solicitud, interés público de la información, rol del solicitante y que la información esté lista y disponible. De esta forma, es posible la aplicación de la LTAIBG como régimen general aplicable en la materia, reduciendo la esfera de casos en los que deberá considerarse un derecho fundamental por su conexión con la libertad de información, atendiendo a los requisitos del test de iusfundamentalidad del TEDH.

A excepción del requisito del rol del solicitante, que no comparto del todo, considero que dichos elementos del test esbozan una imagen fidedigna de la esencia democrática de este derecho que han de llevar a su iusfundamentalidad. Caso en el que además de quedar protegido como una manifestación instrumental de la libertad de información entiendo que debería beneficiarse de la especial posición preferente que el TC ha desplegado en su doctrina a favor de las libertades comunicativas a efectos de ponderación. No olvidemos que este derecho consta de una dimensión objetiva claramente orientada a la formación democrática de la opinión pública libre y, en definitiva, a la consecución de sociedades abiertas a la sana crítica.

Esta tesis que resumidamente he presentado fue defendida el 20 de julio de 2022 ante un tribunal compuesto por los profesores: Francisco Balaguer Callejón (Universidad de Granada), Rainer Arnold (Universidad de Regensburg), Alberto López Basaguren (Universidad del País Vasco), Cristina Elías Méndez (UNED) y Adoración Galera Victoria (Universidad de Granada).

Sin duda la realización de este proyecto de investigación ha sido posible gracias a la guía contante de mis directores de tesis y al apoyo de las compañeras y compañeros del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada. Agradecida hoy también porque los resultados obtenidos se hayan publicado recientemente (2023) en forma de monografía en la Editorial Thomson Reuters Aranzadi bajo el título "Transparencia y derecho de acceso a la información pública: Configuración y naturaleza constitucional".

La secesión en democracias constitucionales. Un estudio comparado y del caso español

Gaspar González Represa

Doctor por la Universidad de Málaga y la *Università della Campania Luigi Vanvitelli*

fundación Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

SUMARIO:

I. Introducción.
II. La secesión en el Derecho Comparado
III. Cauces jurídicos para la secesión en España.
IV. Conclusiones

NOTA BIOGRÁFICA:

Gaspar González Represa es graduado en Derecho por la Universidad de Málaga, obtuvo el Máster Universitario de Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en 2017 y fue Doctor Cum Laude por la Universidad de Málaga y la *Università della Campania Luigi Vanvitelli* en régimen de cotutela internacional en 2022. Actualmente es profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Málaga. Ha impartido docencia de posgrado en la UNIA y es vicesecretario de la revista *Teoría y Realidad Constitucional*. Ha realizado estancias de investigación en la *Università della Campania Luigi Vanvitelli* y en la *University of Edinburgh*. Sus principales líneas de investigación son la organización territorial del Estado, el nacionalismo y la democracia directa.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio sobre la secesión de entidades subestatales en democracias constitucionales en esta investigación viene motivado por el gran protagonismo de esta cuestión en el panorama político nacional e internacional. En la actualidad, hay movimientos independentistas en toda Europa, aunque son aquellos existentes en los viejos Estados-nación los que acaparan una mayor atención internacional. Un ejemplo de la existencia y relevancia de movimientos independentistas en la Europa contemporánea lo encontramos en Escocia. El 28 de junio de 2022, el gobierno escocés publicó el proyecto de ley sobre el referéndum de independencia de Escocia en el que proponía la celebración de un nuevo referéndum independentista el 19 de octubre de 2023. Esto constituyó el inicio de una nueva campaña para la celebración de un segundo referéndum de independencia escocés en apenas una década, a pesar de la oposición del gobierno británico. Sin embargo, las raíces de este nuevo intento independentista se remontan al 23 de junio de 2016, cuando el referéndum del Brexit evidenció una gran diferencia de votos en las naciones constituyentes del Reino Unido. Desde entonces, el movimiento independentista escocés supo aprovechar la retirada del Reino Unido de la Unión Europea para volver a reivindicar la independencia, insistiendo en el deseo de Escocia de tener un futuro dentro de la Unión. El 23 de noviembre de 2022, la Corte Suprema del Reino Unido rechazó la celebración unilateral de un

referéndum de independencia en Escocia sin el consentimiento de Westminster, implicando que el referéndum de 2023 no se celebrará. Casualmente me encontraba en Escocia como investigador visitante en una estancia de seis meses en el *Edinburgh Centre for Constitutional Law* cuando el gobierno escocés anunció oficialmente su plan de celebrar un segundo referéndum y la Corte Suprema británica lo rechazó. La oportunidad de trabajar en mi investigación en esta universidad en aquel momento fue extremadamente valiosa. Tras cuatro años y medio de investigación doctoral y habiendo realizado la defensa de mi tesis en mayo de 2022, no había mejor escenario para continuar con mi investigación.

El 21 de febrero de 2022, apenas dos días antes de que realizara el depósito de mi tesis doctoral en la *Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*, el presidente de la Federación Rusa, Vladimir Putin, reconoció la independencia de los territorios de Donetsk y Luhansk. Esta decisión política dio lugar a un conflicto armado de gran envergadura entre Rusia y Ucrania, en el que las reivindicaciones de estos territorios separatistas del este de Ucrania constituyen el núcleo del conflicto en curso. Hace algunas décadas, la independencia de Ucrania de la URSS marcó el nacimiento de un Estado étnicamente diverso, ya que una gran población de etnia rusa permaneció dentro de Ucrania en los territorios de Donetsk y Luhansk. Estos territorios de la región de Donbás se proclamaron repúblicas independientes y Estados soberanos en 2014, aunque sin reconocimiento internacional. Desde entonces, ha habido constantes conflictos en el este de Ucrania con milicias locales formadas por rebeldes prorrusos que reclaman la independencia de estas repúblicas separatistas autoproclamadas. Además de este conflicto, las tropas rusas invadieron en 2014 la península ucraniana de Crimea, declarando unilateralmente su independencia y anexión *de facto* a la Federación Rusa.

En septiembre de 2020, cuando me encontraba en el ecuador de mis estudios de doctorado, estalló la segunda guerra de Nagorno-Karabaj entre Azerbaiyán y Armenia. La región separatista de Nagorno-Karabaj, reconocida internacionalmente como territorio de Azerbaiyán, celebró un referéndum de independencia y emitió una declaración unilateral de independencia en 1991. Al igual que los territorios de Donetsk y Luhansk, Nagorno Karabaj basaba sus aspiraciones secesionistas en su composición étnica significativamente diferente a la del Estado del que formaba parte, dada la mayoría étnica armenia que vivía en Nagorno Karabaj, por lo que su independencia habría permitido presumiblemente la anexión al Estado con el que compartía el mismo grupo étnico, Armenia. Sin embargo, la autoproclamada República de Nagorno Karabaj carecía de reconocimiento internacional, por lo que siguió considerándose un territorio bajo soberanía de Azerbaiyán. La guerra por el territorio de Nagorno-Karabaj llegó a su fin en noviembre de 2020 con un acuerdo de alto el fuego entre Azerbaiyán y Armenia.

El 6 de septiembre de 2017, unos pocos meses antes de ser admitido en el curso de doctorado de la Universidad de Málaga y de la *Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley del Referéndum de autodeterminación, que regulaba la celebración de una consulta sobre

la independencia de Cataluña para el 1 de octubre en clara contradicción con la Constitución Española. Un día más tarde, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley de Transitoriedad Jurídica y Fundacional de la República catalana, que pretendía ser la nueva norma suprema en Cataluña. A partir de entonces, los conflictos políticos entre el gobierno español y el gobierno catalán se sucedieron, produciéndose una creciente crispación social que amenazaba la estabilidad del país. El nacionalismo catalán no era un movimiento reciente, pero los partidarios de la secesión sí se habían multiplicado exponencialmente en los últimos años, adquiriendo gran fuerza sus reivindicaciones separatistas. El 1 de octubre de 2017, el día previsto para la celebración del referéndum de autodeterminación de Cataluña, constituyó el culmen del conflicto entre Cataluña y España que se había iniciado, o más bien, reanudado algunos años atrás. Las imágenes de aquel día en Cataluña fueron un fiel reflejo de la gran tensión social y política que se había ido generando en los meses y años previos. Lo ocurrido el 1 de octubre en Cataluña, además de la posterior declaración unilateral de independencia (en adelante, "DUI") semanas después, representaba un conflicto entre un Estado que luchaba por conservar su integridad territorial y una parte de la población de una entidad subestatal que aspiraba a independizarse y formar un nuevo Estado.

La existencia de movimientos separatistas en mi país de origen, tanto el de Cataluña, como el del País Vasco, y su enorme trascendencia en la política nacional en las décadas recientes despertó mi interés por investigar sobre la independencia de entidades subestatales en democracias constitucionales. No obstante, los movimientos secesionistas en España presentan características muy distintas a los movimientos vistos en los párrafos precedentes, ya que la presencia de una gran diferencia étnica no es un argumento esgrimible en estos casos. Además, los movimientos secesionistas en España nunca han originado un conflicto armado para lograr sus aspiraciones frente a un Estado matriz que aspira a conservar su integridad territorial, aunque en el caso del País Vasco sí se presenció la lucha armada por la banda terrorista ETA.

II. LA SECESIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La primera parte de la investigación analiza los cauces jurídicos existentes para la independencia de entidades subestatales en el Derecho Comparado. Para ello, se distinguen entre los dos tipos de secesión reivindicados en el panorama internacional: la secesión-remedio y la secesión democrática. Estos dos tipos de secesión también pueden denominarse secesión causal o por culpa y secesión no causal o sin culpa respectivamente. Cada tipo de secesión se consigue ejerciendo diferentes derechos y tiene diferentes condiciones de ejercicio y justificación. Por un lado, la secesión-remedio tiene lugar ejerciéndose el derecho a la autodeterminación de los pueblos en su dimensión externa reconocido por el derecho internacional. Esta secesión se basa en una violación masiva, grave y persistente de los derechos humanos de una comunidad o en una infracción de su autodeterminación interna, como restricciones y exclusiones a sus facultades

de autogobierno y una representación deficiente en las instituciones estatales. Por el contrario, la secesión democrática tiene lugar cuando una entidad subestatal ejerce un derecho de secesión reconocido en una Constitución nacional. Esta secesión no se basa en ninguna vulneración de derechos o restricción de las facultades de autogobierno o representación, sino simplemente en la voluntad de un colectivo de independizarse y formar un nuevo Estado o, en algunos casos, de anexionarse a un Estado ya existente. La distinción entre secesión-remedio y secesión democrática, o entre el derecho de autodeterminación y el derecho de secesión, ocupa la primera parte de la tesis doctoral. Para ello, la primera parte de la investigación se divide en dos capítulos, cada uno de los cuales analiza cada tipo de secesión o derecho.

El primer capítulo de la tesis realiza un análisis histórico-político del principio y derecho de autodeterminación de los pueblos reconocido por las Naciones Unidas, así como del principio de nacionalidades, germen del primero. El derecho de autodeterminación de los pueblos tiene un marcado carácter evolutivo, estando su contenido estrechamente condicionado por diversos procesos históricos. Los diferentes estadios del derecho de autodeterminación y los diversos contenidos y sujetos titulares que ha tenido en cada uno de ellos es el principal objeto de análisis de este primer capítulo. Esta investigación pretende delimitar tanto el elemento objetivo del derecho de autodeterminación de los pueblos, es decir, el contenido, alcance y vertientes de este derecho, como el elemento subjetivo, definiendo sus sujetos titulares y en qué supuestos una colectividad humana puede separarse y formar un nuevo Estado mediante su ejercicio. Es doctrina mayoritaria la que define el derecho de autodeterminación como la facultad de un colectivo para determinar su condición política y perseguir su desarrollo sin injerencias externas, pudiendo ejercerse dentro de las instituciones estatales, dimensión interna, o fuera de ellas recurriendo a la secesión, dimensión externa en la cual se centra esta investigación.

Para esclarecer las concretas condiciones de ejercicio del derecho de autodeterminación para los supuestos de secesionismo el primer capítulo estudia los límites jurídicos del principio de autodeterminación de los pueblos en el Derecho Internacional y la conveniencia de estas restricciones por las trascendentes consecuencias de un acto de secesión. La actual configuración del derecho de autodeterminación de los pueblos en su vertiente externa, la denominada secesión-remedio, implica un ejercicio de este derecho condicionado para llevar a cabo una secesión unilateral por una entidad subestatal. Tras los procesos históricos de descolonización, autodeterminación étnica, autodeterminación nacional y fragmentaciones políticas, la restricción de este principio para frenar las secesiones ilimitadas ha supuesto que el ejercicio de este derecho solo permitiría a una comunidad independizarse en una serie de restringidos supuestos, a saber, una persistente y grave violación de derechos humanos y la vulneración de su derecho a la autodeterminación interna, tales como limitaciones a sus facultades de autogobierno y discriminaciones en las instituciones estatales. Por tanto, una colectividad integrada en un Estado que garantice su

autodeterminación interna y el respeto de sus derechos humanos, esto es, en cualquier Estado democrático y constitucional de Derecho, no podrá ejercer el derecho de autodeterminación en su vertiente externa, debiendo cumplir con el principio de integridad territorial.

De este modo, la pregunta que cabe hacerse es si una población concentrada territorialmente en un Estado democrático que garantice sus facultades de autogobierno, respetando sus derechos humanos y su participación en las instituciones estatales, es decir, una colectividad que no sea un supuesto de secesión-remedio, puede independizarse simplemente con el argumento democrático como principio legitimador de sus reivindicaciones. La doctrina niega unánimemente la existencia de un derecho de secesión en el Derecho Internacional que abarque tales supuestos, considerando competentes a los ordenamientos nacionales para encontrar encaje a dichas aspiraciones, produciéndose el traslado de la cuestión del Derecho internacional al Derecho Constitucional. Sin embargo, el panorama internacional niega de forma generalizada la secesión en democracias desarrolladas, pues la pauta general en el Derecho Comparado es su inadmisión.

El segundo capítulo de la investigación analiza el vínculo entre secesión y constitucionalismo en democracias. Debemos distinguir, por un lado, los debates sobre el encaje constitucional de la secesión democrática y el reconocimiento de un derecho de secesión y, por otro lado, los debates sobre la concreta configuración de dicha cláusula de secesión, las condiciones de ejercicio de un derecho de secesión y el orden del procedimiento reglado para que una entidad subestatal se independice. El segundo capítulo se centra principalmente en el primero de estos dos debates, en el encaje por un sistema constitucional de la secesión de entidades subestatales. De este modo, no se pretende establecer una ilusoria cláusula de secesión o un procedimiento reglado de secesión universalmente aplicable a cualquier ordenamiento, pues las particularidades de cada sistema constitucional imposibilitan semejante propósito. Cualquier estudio de Derecho Constitucional Comparado sobre la secesión debe partir de los denominados por la Corte Suprema canadiense como «principios constitucionales directores fundamentales», comunes a cualquier democracia liberal contemporánea: el principio democrático, el constitucionalismo y el Estado de Derecho, entre otros. Por ello, el estudio sobre el reconocimiento y encaje constitucional de un derecho de secesión en este capítulo se concilia en todo momento con los principios de democracia, constitucionalismo y Estado de Derecho.

El segundo capítulo subraya la diferencia entre los supuestos de secesión-remedio del derecho de autodeterminación y el fenómeno de la secesión democrática. En ambos tipos de secesión las reivindicaciones separatistas se basan en fuentes de insatisfacción, es decir, en el sufrimiento de algún tipo de tratamiento injusto por una colectividad. Sin embargo, la diferencia entre ambas secesiones es que las fuentes de insatisfacción son de una mayor gravedad en las secesiones-remedio. Actualmente, dicha distinción es únicamente doctrinal y ninguna resolución judicial ni texto normativo la ha abordado. El Derecho internacional ha sido incapaz

de resolver dicha distinción por la dificultad de regular unos estándares internacionales ampliamente admitidos para definir el factor que diferencia a una secesión de la otra, la gravedad de la fuente de insatisfacción en la que se basa la secesión. Aunque es evidente que en episodios de graves vulneraciones de derechos o continuas limitaciones en el autogobierno nos encontramos ante un supuesto de secesión-remedio, otros casos pueden suscitar mayores dudas a la hora de diferenciar un supuesto de secesión-remedio de una secesión democrática. La dificultad de establecer distintos grados de gravedad en el tratamiento injusto a una colectividad por un Estado matriz es, en definitiva, por lo que el Derecho internacional se abstiene de legalizar la secesión-remedio y por lo que el último estadio de evolución del derecho de autodeterminación de los pueblos actualmente es una mera construcción doctrinal.

Siendo el encaje o regulación de la secesión democrática competencia del respectivo ordenamiento jurídico nacional, la investigación clasifica las Constituciones en tres grandes grupos de diseños constitucionales respecto a la secesión democrática y en cada uno de ellos señala algunas características, las razones por las que el constituyente ha optado por ellos y algunos ejemplos comparados. Los tres grupos son: Constituciones que reconocen un derecho de secesión y un procedimiento para ejercitarlo, Constituciones que se mantienen en silencio respecto a la secesión de entidades subestatales y Constituciones que prohíben la secesión, ya sea implícita o explícitamente. La práctica internacional es claramente reacia a la secesión, con pocos ejemplos de Constituciones que reconozcan un derecho de secesión, siendo la prohibición de la secesión o el silencio constitucional los diseños constitucionales mayoritarios en la comunidad internacional. Sin embargo, en las últimas décadas ha habido varios precedentes de sistemas constitucionales que han encontrado encaje constitucional a la secesión democrática cuando esta ha aparecido en la esfera política. Aunque exponer algunos ejemplos de cada grupo no suponga grandes problemas, clasificar algunas Constituciones en uno de estos tres grupos según el diseño adoptado respecto a la secesión puede llegar a requerir una gran labor interpretativa. En este sentido, la distinción entre silencio constitucional y prohibición implícita de la secesión es la que en muchas ocasiones suscita más dudas a la hora de clasificar una Constitución en alguno de estos tres grupos. Esta labor interpretativita es especialmente necesaria cuando la redacción de los preceptos constitucionales relativos al tratamiento de la secesión es ambigua.

Sea cual sea el diseño por el que el constituyente opte cualquier Estado siempre estará interesado en evitar la ambigüedad constitucional en relativo a la secesión de entidades subestatales por sus grandes inconvenientes, por ejemplo, la posibilidad de incentivar la aparición de movimientos independentistas en el país. La falta de claridad en los preceptos constitucionales puede hacer creer a los independentismos que la secesión sea legalmente posible en el ordenamiento, lo que probablemente se traduzca en un aumento de su respaldo social y, en ocasiones, en la aparición de fenómenos violentos. La investigación analiza los dos paradigmas constitucionales a la hora de abordar la ambigüedad del texto

constitucional en lo relativo a la secesión. Por un lado, el estadounidense, que niega de forma tajante la secesión, y, por otro lado, el nuevo paradigma constitucional inaugurado por el dictamen de la Corte Suprema canadiense de 1998 y que fue aplicado de nuevo por Reino Unido con la celebración del referéndum independentista escocés de 2014. Este nuevo paradigma, por el contrario, encuentra encaje constitucional a la secesión de entidades subestatales a pesar de una ambigua literalidad del texto constitucional e incluso se regulan los detalles de un procedimiento para esta o de las condiciones para la celebración de un referéndum independentista. Quebec y Escocia son ahora ejemplos reivindicados por muchos independentismos alrededor del mundo.

Los numerosos estudios científicos sobre la secesión democrática abarcan frecuentemente dos grandes debates, no pretendiendo ser mi investigación doctoral una excepción a esta regla. Por ello, el capítulo segundo ahonda, por un lado, en el debate sobre la capacidad de una democracia constitucional de reconocer un derecho de secesión a favor de las entidades subestatales y, por otro lado, en el debate sobre la conveniencia de dicho reconocimiento y del encaje constitucional de la secesión. En el debate sobre la capacidad de una Constitución de regular un derecho de secesión se analiza si la secesión puede ser una opción política constitucionalmente tolerable, la adecuación del principio democrático a los otros principios constitucionales y la hipótesis de la secesión como idea metaconstitucional. Por otro lado, se aborda el debate sobre la conveniencia de encontrar encaje constitucional a la secesión y de reconocer un derecho, lo que depende en último término del conflicto subyacente entre legalidad y legitimidad. Estos dos grandes debates son también las razones que habitualmente subyacen a la decisión del poder constituyente de prohibir la secesión, la cual proviene tanto de considerar que la secesión democrática es una opción política que un sistema constitucional no puede tolerar, como de razones de idoneidad práctica y política de reconocer un derecho de secesión en la Constitución.

Los movimientos independentistas invocan el principio democrático para justificar sus reivindicaciones, omitiendo la interconexión de la democracia con el resto de principios fundamentales en un sistema constitucional. En primer lugar, los efectos jurídicos de una expresión democrática son sólo aquellos que prescribe la ley, por lo que debe rechazarse de plano la posibilidad de una secesión unilateral. La secesión debe ser acomodada constitucionalmente para que la expresión democrática de una voluntad popular a favor de la secesión produzca efectos jurídicos. Esta acomodación puede tener lugar mediante una reforma de la Constitución que reconozca un derecho de secesión y resuelva sus contradicciones con determinados principios y preceptos, o bien sin dicha reforma mediante un acuerdo democrático que regule un proceso secesionista concreto cuando no existan tales contradicciones. Esta investigación ha demostrado la necesidad de reformar siempre la Constitución para dar cabida a la secesión democrática independientemente del diseño constitucional elegido respecto a la secesión. Esta necesidad se justifica bien por las contradicciones con los preceptos constitucionales, como cuando se prohíbe la secesión, bien por las contradicciones

con los principios constitucionales subyacentes, como la contradicción con el concepto de Constitución, que hace necesaria la reforma también en las constituciones que guardan silencio sobre la secesión. La acomodación constitucional de la secesión y el reconocimiento de un derecho a la secesión sólo es inviable en aquellos sistemas constitucionales en los que la prohibición de la secesión es una cláusula eterna. Sin embargo, la contradicción entre la secesión y el concepto de constitución puede llevar a interpretar la secesión como un concepto meta-constitucional que nunca puede tener cabida en un sistema constitucional, ya que esta supone el fin mismo de una constitución. En este caso, la acomodación constitucional de la secesión sería siempre inviable con independencia del diseño constitucional elegido respecto la secesión democrática. Cuando la secesión no pueda encontrar encaje constitucional esta siempre será un acto revolucionario al margen del derecho y cuyo reconocimiento jurídico dependerá del éxito de esta revolución, es decir, de la consolidación del nuevo poder sobre el territorio que pretende la secesión y de su reconocimiento por parte de la comunidad internacional.

Respecto al segundo de los dos debates planteados, la conveniencia de reformar la Constitución para reconocer un derecho de secesión dependerá del riesgo de una secesión unilateral al margen de la legalidad. La acomodación constitucional de la secesión democrática supondría anticiparse a una secesión de facto y dar cauce legal a un hecho inevitable y así evitar la pérdida de legitimidad y de eficacia de la legalidad. Si un ordenamiento nacional regulara un derecho de secesión y un procedimiento para esta, los movimientos independentistas no necesitarían tomar una vía de facto y obedecerían la legalidad constitucional. Las reivindicaciones secesionistas surgirán independientemente de que exista un cauce legal para ellas, pero las consecuencias pueden ser peores si no existe tal cauce. Aunque reconocer el derecho a la secesión implica una mayor probabilidad de que ésta se produzca, ello garantizaría que las reivindicaciones secesionistas no actuarán al margen de la ley. Si una amplia voluntad popular a favor de la secesión confiere legitimidad democrática a esta, la gran pregunta a responder es cuándo esta voluntad podrá superar las contradicciones entre constitucionalismo y secesión para justificar el reconocimiento de un derecho de secesión. El debate debería centrarse en la idoneidad de reconocer un derecho de secesión más que en la capacidad de un sistema constitucional de hacerlo. A pesar del riesgo de contradecir el concepto de Constitución, la reforma de la legalidad para reconocer un derecho de secesión será adecuada cuando la legalidad pierda legitimidad, poniendo en riesgo su eficacia, utilidad y validez, lo que supone un grave peligro para la gobernabilidad de un país. La reforma de la legalidad o de la Constitución es la solución para evitar que se conviertan en inútiles e ineficaces, permitiendo la adaptación del Derecho a nuevas reivindicaciones sociales con gran legitimidad democrática. La valoración de la legalidad como carente de adaptabilidad a los nuevos tiempos y reivindicaciones y la necesidad de su reforma es una decisión política de mera conveniencia. A la política le corresponde hacer frente a la secesión, actuando siempre a través de los cauces legales previamente establecidos.

Frecuentemente, la literatura científica sobre la secesión se nutre del debate más puramente procedimental y los concretos pasos para que esta tenga lugar. El segundo capítulo intentar resolver las principales incógnitas procedimentales y teorizar sobre el camino constitucional de la secesión. Para ello, nos centramos en la red de voluntades democráticas necesarias para que la secesión democrática se produzca en un sistema constitucional. Esta red de voluntades está conformada por un estímulo democrático y un conjunto de consentimientos, a las que acompañan en todo momento las negociaciones políticas. En primer lugar, se analiza la expresión democrática de una voluntad secesionista que otorga legitimidad democrática a la secesión como aspiración política. Esta expresión es el estímulo democrático que impulsa las negociaciones dirigidas, bien al encaje constitucional de la secesión democrática si no está regulada, o bien, en aquellos supuestos en los que esté ya regulada, a la incoación del proceso reglado para ejercitar el derecho de secesión. Esta expresión democrática sería el punto de partida de un largo camino constitucional que no necesariamente debe acabar en la secesión. Esta expresión no vendría de la celebración de un referéndum independentista, sino que emana de la vida política cuando se vislumbre un gran apoyo a los partidos independentistas. A raíz de esta expresión democrática se puede juzgar la necesidad de que se regule un derecho de secesión y, por consiguiente, se adopte la decisión política de encontrar encaje constitucional a la secesión. El proceso de encaje constitucional de la secesión democrática se produce en todo caso mediante la regulación de un derecho de secesión a través de una reforma de la Constitución. Una vez que existe una regulación de un derecho de secesión el segundo proceso sería el del proceso reglado ya constitucionalizado para ejercitar este derecho. La incoación de este procedimiento dependerá de una decisión política y un juicio de conveniencia basado en una expresión democrática de una región a favor de iniciarlo que nazca también de forma indirecta, esto es, de resultados electorales y no de un referéndum.

En segundo lugar, se analiza la teoría del doble acuerdo para el triple consentimiento, una directriz marcada inevitablemente por el encaje constitucional de la secesión democrática para el proceso reglado. Esta teoría configura el procedimiento para la secesión como un proceso democrático decisorio en el que una entidad subestatal decide sobre su secesión respetándose las expectativas de las minorías dentro de esta entidad y la mayoría en el resto del Estado matriz al que pertenece. Para ello, esta teoría se basa en el acuerdo, por un lado, entre la entidad secesionista y el Estado matriz para recabar el consentimiento de ambos, que garantiza la exigencia de negociaciones políticas para el acuerdo bilateral entre región y Estado y el respeto de la mayoría existente en el resto del Estado matriz. Por otro lado, de acuerdo con esta teoría, debe alcanzarse también un acuerdo interno para obtener el consentimiento de la población de la entidad secesionista, el cual garantice el respeto de minorías disidentes que rechacen la secesión. Para ello, se celebrará un referéndum como ratificación final del proceso, con la exigencia de un gran porcentaje de participación y

de votos a favor de la secesión para entenderse concedido el consentimiento interno de la región para secesionarse.

III. CAUCES JURÍDICOS PARA LA SECESIÓN EN ESPAÑA

La segunda parte de la tesis estudia los cauces legales posibles en el ordenamiento jurídico español para que entidades subestatales puedan independizarse. En las últimas décadas hemos sido testigos de la reivindicación de la independencia por colectividades concentradas territorialmente en Comunidades Autónomas que tratan de canalizar dicha aspiración política a priori jurídicamente. Los movimientos secesionistas se han embarcado en un enrevesado juego terminológico para discernir si el ejercicio del derecho de autodeterminación, de un derecho de secesión o del llamado "derecho a decidir" pudiese colmar su aspiración, lo que ha sumado una mayor ambigüedad al debate. Para lograr este objetivo esta segunda parte de la investigación se centra en responder a las siguientes dos preguntas: ¿existen actualmente cauces legales para la secesión? y, en caso negativo, ¿podrían llegar a existir cauces legales para la secesión? Por tanto, las opciones de una entidad subestatal para independizarse se reducen a la existencia actual de cauces legales para ello y a la expectativa de que puedan existir. Sería lo equivalente en la metafísica aristotélica al "Ser en acto", lo que una cosa es, y al "Ser en potencia", lo que una cosa no es, pero puede llegar a ser. Por tanto, las opciones de la secesión no se acaban exclusivamente en el "Ser en acto" de la Constitución Española, sino también en su "Ser en potencia", que en algún momento puede experimentar un cambio, en términos jurídicos una reforma, y pasar a ser su "Ser en acto". Son estas, en definitiva, las dos grandes áreas de las que la segunda parte de la investigación se ocupa.

Antes de todo ello, la investigación examina la búsqueda de diferentes cauces legales para la secesión por algunos gobiernos autonómicos en España en estas últimas décadas. Por un lado, se analiza el proceso independentista en el País Vasco y los cauces legales explorados por el gobierno vasco para colmar su aspiración secesionista. En primer lugar, la reforma del Estatuto de Autonomía vasco conocida como *Plan Ibarretxe*, cuyo elemento central fue la reivindicación del derecho de autodeterminación para adoptar un estatus de libre asociación con España. En segundo lugar, la Ley 9/2008 del Parlamento Vasco en la que se preveía la celebración de un referéndum sobre un acuerdo para el ejercicio del derecho a decidir por el pueblo vasco. Por otra parte, la investigación aborda el proceso independentista catalán, conocido como *El Procès*, y las diferentes etapas de las que se compuso. En primer lugar, la génesis de este proceso, la aprobación de la reforma del Estatuto de Autonomía que declaraba a Cataluña como una nación y que fue declarado parcialmente inconstitucional. Posteriormente, los momentos en los que el independentismo catalán identificó un estímulo democrático a favor de la secesión en Cataluña que garantizaba su legitimidad democrática e impulsó la búsqueda de nuevos cauces legales, o incluso fuera de la ley, para lograr la secesión. Por un lado, la afluencia masiva de la sociedad catalana

a la Diada de 2012 y las elecciones autonómicas de ese mismo año, celebrándose una consulta popular ilegal en noviembre de 2014. Por otro lado, las elecciones autonómicas de 2015 y la mayoría absoluta conseguida por partidos políticos pro-independencia, tras lo cual se aprobaron las leyes de desconexión por el *Parlament* en septiembre de 2017, se celebró un referéndum inconstitucional y se aprobó la DUI en octubre de ese año.

Como se comprueba con el estudio de los procesos independentistas vasco y catalán, el recurso al lenguaje de los derechos por estos dos movimientos para lograr su independencia de España ha sido una constante en las últimas dos décadas. La expansión del lenguaje de los derechos se produjo a raíz del nacimiento del constitucionalismo moderno del periodo de posguerra y la subsiguiente proliferación de derechos. Sin embargo, debe advertirse de los peligros derivados de un abuso del lenguaje de los derechos, circunstancia que ha tenido lugar en los movimientos secesionistas vasco y catalán. El enrevesado juego terminológico en el que puede derivar el lenguaje de los derechos puede conllevar una falta de entendimiento sobre asuntos trascendentales como el de la secesión, así como de la pérdida de fuerza de las demandas basadas en ellos, utilizándose en ocasiones categorías que poco ayudan a entender los derechos que se incluyen en ellas. Extender indiscriminadamente la retórica de los derechos cada vez que haya una reivindicación política o un interés o aspiración por proteger un bien jurídico puede suponer un peligro, el cual el sistema constitucional español ha experimentado en estas últimas décadas con motivo de los independentismos vasco y catalán.

Los independentismos vasco y catalán han reivindicado repetidamente el derecho de autodeterminación de los pueblos para independizarse en las últimas décadas. De hecho, ya en los primeros años de democracia se aludió a la autodeterminación por los partidos nacionalistas de ambas regiones, siendo aprobadas dos proposiciones no de ley en 1990 por los parlamentos vasco y catalán reivindicando un proceso para autodeterminarse. El derecho a la autodeterminación ya estuvo sobre la mesa tanto en el ámbito político como en el académico con motivo del independentismo vasco a principios de los años 2000, siendo utilizado posteriormente también por el nacionalismo catalán, quien consideraba a Cataluña como una nación o un pueblo que podía ejercer el derecho de autodeterminación para independizarse y formar un nuevo Estado, de acuerdo con numerosas declaraciones parlamentarias y discursos políticos. Por otro lado, el derecho a decidir fue un término utilizado por primera vez por el nacionalismo vasco, pero al que catalán aludiría años después para justificar sus pretensiones. Este derecho a decidir se ha entremezclado de forma confusa por los dos independentismos con el derecho de autodeterminación, considerando a menudo que derivaba de este. En otras ocasiones, se consideró que el derecho a decidir se podía inferir del propio principio democrático reconocido por la Constitución y que su negación suponía un riesgo para cualquier democracia. Incluso los independentismos sostuvieron que el derecho a decidir estaba comprendido en el ejercicio de algunos derechos fundamentales

reconocidos por la Constitución Española. Además del derecho de autodeterminación y del derecho a decidir, los independentismos han esgrimido también la interpretación de la secesión como una opción constitucionalmente viable, aseverando incluso en alguna ocasión la titularidad de un derecho de secesión, a pesar de su manifiesta falta de reconocimiento en la Constitución.

Los independentismos han intentado lograr la independencia mediante diversos cauces jurídicos. Entre los principales recursos utilizados está la reforma de los Estatutos de Autonomía para la incorporación de declaraciones de soberanía, del estatus de nación de la respectiva Comunidad Autónoma o de la titularidad de competencias claramente contrarias a la Constitución Española. Estas reformas eran textos con contenidos claramente inconstitucionales que intencionadamente eludían los procedimientos de reforma constitucional. Otro cauce utilizado a menudo ha sido la aprobación de leyes autonómicas sobre consultas populares para preguntar sobre la independencia a la población de la Comunidad Autónoma. La competencia exclusiva del Estado para la autorización de referéndums ha sido un gran escollo para los independentismos que han intentado salvar con distintas leyes autonómicas reguladoras de consultas populares autoproclamadas no referendarias, pero que escondían realmente la celebración de referéndums. Es el caso de la ley 9/2008 del Parlamento vasco y la ley de consultas de Cataluña de 2014. Otros cauces jurídicos explorados por los independentismos en España han sido la aprobación de resoluciones parlamentarias a modo de autodeclaraciones de soberanía y la propuesta de una ley de delegación de competencias. Sin embargo, es destacable que ninguno de los dos independentismos recurriese a la iniciativa de la reforma constitucional, a pesar de que el artículo 166 con remisión al artículo 87.2, declara sujetos legitimados a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas para presentar una propuesta de reforma de la Constitución, que posteriormente es sometida a votación por las Cortes Generales. Ni el Parlamento autonómico vasco ni el catalán recurrió a presentar una propuesta de reforma de la Constitución. Este cauce jurídico fue siempre descartado por los independentismos probablemente por las pocas esperanzas de que semejante propuesta fuese aprobada en la práctica, dadas las posiciones claramente contrarias a la independencia del País Vasco y Cataluña de los principales partidos políticos a nivel estatal.

En la última etapa de *El Procès* el independentismo catalán intentó llevar a cabo una secesión por la vía de los hechos con la aprobación de las "leyes de desconexión", la celebración de un referéndum independentista inconstitucional y la proclamación de una DUI por el *Parlament* por aplicación de la teoría de la secesión-remedio. La teoría de la secesión-remedio conlleva el ejercicio del derecho de autodeterminación de forma unilateral, pero supeditado al cumplimiento de unas condiciones de ejercicio. Además, dicho ejercicio está condicionado por el reconocimiento de la comunidad internacional de dicha independencia, lo que depende principalmente de la valoración del cumplimiento de las condiciones de ejercicio del derecho de autodeterminación. Optar por la posibilidad de una secesión-remedio conllevaba la expectativa del independentismo catalán de reunir

el reconocimiento internacional, es decir, que se reconociese que en Cataluña se habían producido vulneración graves y sistemáticas de derechos humanos o limitaciones a su autodeterminación interna en sus facultades de autogobierno o de representación en las instituciones estatales. Sin embargo, este cauce fracasó por la falta de reconocimiento de la DUI de octubre de 2017 por gobiernos y organizaciones internacionales.

El cuarto capítulo analiza el "Ser en acto" de la Constitución Española respecto a la secesión de entidades subestatales, es decir, los actuales cauces jurídicos en el ordenamiento español para lograr la independencia, analizando los tres derechos reivindicados por los independentismos en España. Por tanto, la estructura del cuarto capítulo responde a un análisis de la viabilidad de los dos derechos estudiados en la primera parte de la tesis, el derecho de autodeterminación y la existencia de un derecho de secesión, o si se prefiere, de los dos tipos de secesión, la secesión-remedio y la secesión democrática. Para saber si alguno de estos derechos puede constituir actualmente un cauce jurídico viable para la independencia debemos analizar, en primer lugar, la aplicación del derecho de autodeterminación en su vertiente externa, es decir, la viabilidad de una secesión-remedio por vulneración de derechos o una limitación injustificada de la autodeterminación interna de una entidad subestatal. Por otro lado, refiriéndonos a la teoría de la secesión democrática, se evalúa la consideración de los independentismos en España como episodios de secesión democrática, valorando la concurrencia de los elementos característicos de esta. Tras ello, se analiza el diseño constitucional español respecto a la secesión democrática de entidades subestatales adoptado por el constituyente y se clasifica la Constitución Española según su tratamiento de la secesión democrática. Por último, el denominado derecho a decidir reivindicado por los independentismos en varios de sus textos legales, resoluciones parlamentarias y discursos políticos es el tercer derecho a analizar para completar el estudio del "Ser en acto" de la Constitución Española.

Rechazándose la hipótesis de que el País Vasco y Cataluña se correspondan con antiguos estadios de evolución del derecho de autodeterminación, la investigación analiza el ejercicio de la autodeterminación externa por estas Comunidades Autónomas como episodios de secesión-remedio, examinando las diferentes fuentes de insatisfacción reivindicadas por los independentismos y si estas pueden equipararse a aquellos supuestos habilitantes para ejercer el derecho de autodeterminación en su dimensión externa. Para ello, se analiza la viabilidad de estos dos supuestos, por un lado, la vulneración grave y sistemática de derechos y, por otro, la limitación de las capacidades de autogobierno y de representación en las instituciones estatales. De este modo, se esclarece la posibilidad de que las reivindicaciones secesionistas en España encuentren un cauce jurídico en el derecho de autodeterminación de los pueblos. Sin embargo, si se constatase el posible ejercicio de este derecho en España sería inevitable dudar de la condición de nuestro país como una democracia liberal avanzada y como un Estado constitucional, lo que ha sido denunciado por los líderes independentistas. La investigación constata la escasa viabilidad de que una entidad subestatal se

independice de España ejerciendo el derecho de autodeterminación, puesto que las fuentes de insatisfacción reivindicadas en estos últimos años son insuficientes como para ser consideradas presupuestos habilitantes de una secesión-remedio.

Tras ello, la investigación analiza la aplicación de la teoría de la secesión democrática para esclarecer si este tipo de secesión es constitucional y, por tanto, realizable en el ordenamiento español. Para ello, la investigación trata de identificar a los independentismos vasco y catalán como supuestos de secesión democrática y concluye con la consideración de ambos como supuestos de este tipo de secesión al concurrir en sus reivindicaciones los elementos que la conforman y no siendo sus fuentes de insatisfacción de una suficiente gravedad como para ser consideradas supuestos habilitantes de una secesión-remedio. Tras ello, se aborda el diseño constitucional en España respecto a la secesión democrática de entidades subestatales atendiendo a los tres tipos existentes: el reconocimiento de un derecho a la secesión, el silencio constitucional y la prohibición de la secesión. La investigación comprueba que la Constitución Española prohíbe implícitamente la secesión democrática, no siendo explícita la prohibición al no haber ningún precepto que expresamente la prohíba. Por otro lado, no puede considerarse que la Constitución se mantenga en silencio respecto a la secesión, dada la redacción de los artículos 1.2 y 2, que hacen inviable que una entidad subestatal se independice.

En cierto punto los independentismos dejaron de reivindicar el derecho de autodeterminación y el derecho de secesión ante la posibilidad de que sus condiciones de ejercicio no fuesen satisfechas y empezaron a reivindicar el derecho a decidir para lograr su independencia, concibiendo este como un derecho a expresar la opinión popular en cualquier asunto público en un referéndum y que la voluntad expresada en él sea políticamente vinculante. El derecho a decidir se consideraría un derecho absoluto sin ningún límite material, pudiendo preguntarse sobre cualquier asunto y sin estar condicionado por la legalidad constitucional vigente. Sin embargo, el derecho a decidir no está reconocido en la Constitución, ni puede derivar del principio democrático, ni del derecho de autodeterminación, ni de ningún derecho fundamental. El denominado derecho a decidir no debe ser concebido como un derecho, sino como una aspiración política, que será realizable siempre que sea constitucional. Sin embargo, la aspiración de celebrar un referéndum independentista es inconstitucional al vulnerar la redacción actual de los artículos 1.2 y 2 de la Constitución Española, por lo que el derecho a decidir con el contenido dado por los independentismos es inconstitucional y su ejercicio no serviría para lograr la independencia. Este derecho a decidir equivaldría realmente a la primera parte del camino constitucional a la secesión descrito previamente, el del estímulo democrático que desencadena un proceso de negociaciones para encontrar encaje constitucional a la secesión o para ejercer un derecho de secesión ya regulado. Simplemente el independentismo no propondría mecanismos de democracia representativa para obtener este estímulo, como sí hizo esta investigación, sino un referéndum. Los independentismos utilizarían el

término "derecho a decidir" para aparentemente proponer un cauce legal distinto conscientes de la prohibición implícita de la secesión por la Constitución.

Constatada, por tanto, la inexistencia de cauces legales para la independencia de una entidad subestatal en el actual sistema constitucional, dada la inviabilidad del ejercicio del derecho de autodeterminación, la prohibición implícita de la secesión y la falta de reconocimiento de un derecho a decidir, así como la prohibición de celebrar un referéndum independentista, la investigación responde a la segunda pregunta formulada en esta segunda parte, si podrían llegar a establecerse los cauces legales para la secesión. En definitiva, las opciones de independizarse en el sistema constitucional español se reducen a la expectativa de que existan cauces legales para la secesión. En términos aristotélicos, hemos comprobado ya que el "Ser en acto" de la Constitución Española no reconoce cauces jurídicos para la aspiración política de independizarse, por lo que debe analizarse ahora si el "Ser en potencia" de la Constitución podría incluir un cauce legal para la secesión. Las opciones de la secesión no se albergarán más en el "Ser en acto" de la Constitución Española, sino en su "Ser en potencia", que en algún momento podría experimentar un cambio, en términos constitucionales una reforma, y pasar a ser su "Ser en acto".

El quinto capítulo descarta el derecho de autodeterminación y el derecho a decidir y se centra en el encaje constitucional de la secesión democrática, analizando si el encaje de la secesión democrática en el sistema constitucional español pudiese ser el único cauce jurídico potencial para la independencia de entidades subestatales. Este capítulo explora las opciones de modificar la prohibición implícita de la secesión democrática y reconocer un derecho de secesión y un procedimiento para ejercerlo en la Constitución Española. Por tanto, es necesario responder a las dos preguntas analizadas en el segundo capítulo de la tesis sobre el encaje constitucional de la secesión, pero dirigidas específicamente a analizar dicho encaje en el sistema constitucional español. Por un lado, se analiza la capacidad del sistema constitucional español de reconocer un derecho de secesión, o lo que es lo mismo, la posibilidad de una reforma constitucional que reconozca un derecho de secesión y modifique aquellos preceptos que prohíben la secesión. Por otro lado, se analiza la conveniencia de reconocer un derecho de secesión y realizar la correspondiente reforma constitucional en España o en qué circunstancias podría llegar a serlo. En este sentido, se trata de responder si ya ha habido algún momento en España en el que haya sido conveniente semejante reforma o, en caso negativo, qué factores hubiesen hecho falta para hacer aconsejable dicha reforma. Por último, se analiza la aplicación de la propuesta de una red de voluntades democráticas para la secesión vista en el segundo capítulo, detallándose algunos elementos de la hipotética regulación de un derecho de secesión en la Constitución Española. Esta red de voluntades está compuesta por un estímulo democrático a favor de la secesión y se basa en la teoría del doble acuerdo para el triple consentimiento. Esta red de consentimientos está influenciada por las tres lecciones aprendidas de la doctrina canadiense, a saber, la obligación de negociaciones y el acuerdo bilateral entre el Estado y región secesionista, la

necesidad de un sólido marco legal para un proceso secesionista y la celebración de un referéndum independentista y, por último, que este referéndum constituya una clara expresión de la voluntad popular, lo que se consigue con las exigencias de claridad en la pregunta del referéndum y en la mayoría.

Esta investigación constata que, en la reforma constitucional para el encaje de la secesión democrática, además de regular un derecho de secesión y un procedimiento para ejercerlo, sería necesario modificar los artículos 1.2. y 2 de la Constitución, es decir, aquellos que prohíben implícitamente la secesión. Al encontrarse estos dos artículos en el Título preliminar de la Constitución, el encaje constitucional de la secesión se tendría que realizar por el procedimiento agravado de reforma. Aunque los parlamentos autonómicos estén legitimados para proponer una reforma constitucional y este sea el único cauce jurídico posible para la independencia, ni el catalán ni el vasco han propuesto nunca ninguna, probablemente debido a las pocas opciones de conseguir el consenso político para aprobar exitosamente una reforma constitucional por el procedimiento agravado. Este procedimiento de reforma ha sido muy criticado por la gran complejidad de sus trámites y las mayorías altamente cualificadas que hacen imposible en la práctica la modificación de aquellos artículos sobre los que establece una reserva material el artículo 168 de la Constitución. No obstante, los requisitos estrictos y las mayorías cualificadas del artículo 168 están suficientemente justificados al menos para el encaje constitucional de la secesión democrática por las graves consecuencias de esta. La inexistencia de límites materiales expresos a la reforma de la Constitución Española es evidente, pero la posibilidad de límites implícitos ha sido muy discutida por la doctrina. El debate se ha centrado especialmente en la posibilidad de que el artículo 2 constituya un límite material implícito a la reforma. En esta investigación rechazamos esta posibilidad y consideramos que incluso este precepto puede ser objeto de reforma a pesar de la redacción actual dada a este precepto. Por último, se aborda qué habría que modificar en los artículos 1.2 y 2 para que fuese posible reconocer un derecho de secesión en la Constitución Española. Hemos concluido que el artículo 1.2 debería incluir que la soberanía nacional reside en el pueblo español, quien puedo ejercerla en su conjunto o de forma separada para el ejercicio del derecho de secesión. Por otro lado, la nueva redacción del artículo 2 de la Constitución no podría caracterizar de ningún modo a la nación española como “indisoluble” e “indivisible”.

Para valorar la conveniencia de encontrar encaje constitucional a la secesión democrática la investigación analiza el conflicto entre legalidad y legitimidad democrática planteado por los independentismos vasco y catalán y si ha tenido lugar la causa eficiente del cambio y de la reforma constitucional para reconocer un derecho de secesión. Durante las últimas décadas estos dos movimientos secesionistas han intentado, por un lado, constatar la legitimidad democrática de su aspiración política y, por otro, cuestionar la legitimidad democrática del sistema político español, considerándolo antidemocrático por su contenido, al no permitir la celebración de una consulta independentista a una Comunidad Autónoma, y por su creación, considerándolo una continuación del régimen franquista. Los

independentismos vasco y catalán han buscado insistentemente cauces jurídicos para la secesión, conscientes de que incumplir la legalidad les haría perder legitimidad, pretendiendo una apariencia de legalidad de sus intentos para independizarse. Por otro lado, las autoridades centrales han optado por una defensa férrea de la legalidad, garantizando su cumplimiento y despreocupándose por la legitimidad democrática de los independentismos. Sin embargo, la defensa férrea de la Constitución Española puede llegar a ser inútil ante la legitimidad democrática de los independentismos, perdiendo la legalidad su legitimidad y siendo necesario el uso de la fuerza para garantizar su eficacia. Las amenazas más grandes a la eficacia y legitimidad del sistema constitucional español se han producido durante la lucha armada de ETA y en la última etapa de *El Procès* en la que se optó por la vía de los hechos en clara vulneración con la Constitución. En estas etapas de crisis constitucional se pudo garantizar la continuidad del sistema constitucional español sin que su eficacia descansara exclusiva o mayormente en el uso de la fuerza y no en la legitimidad del sistema. Para que en aquellos momentos de crisis hubiese sido conveniente reconocer un derecho de secesión la investigación considera que habría hecho falta que la aplicación del sistema constitucional español en ambas regiones hubiese dependido en mayor medida del uso de la fuerza y de la coerción estatal.

En la hipotética configuración del camino constitucional a la secesión, esta investigación se abstiene de resolver todos los elementos de una cláusula constitucional de secesión, centrándose al menos en algunos detalles de gran importancia. La determinación del elemento objetivo de un derecho de secesión supone decidir qué características debe presentar un territorio para poder independizarse y, por ende, qué entidades subestatales serían sujetos titulares de este derecho. La opción más viable es considerar a las Comunidades Autónomas ya constituidas en España como posibles sujetos titulares de este derecho. El elemento subjetivo del derecho de secesión haría referencia a la voluntad de la entidad subestatal a favor de independizarse y se recabaría mediante mecanismos de democracia directa y representativa. El procedimiento para ejercer el derecho de secesión se incoaría por los poderes públicos de una Comunidad Autónoma, requiriendo la aprobación por parte de las autoridades centrales, lo que constituiría el primer acuerdo del procedimiento entre Estado y región secesionista. Respecto al segundo acuerdo a alcanzar para conseguir el consentimiento interno dentro de la región separatista, se utilizaría el referéndum consultivo del artículo 92 de la Constitución y se celebraría únicamente en el territorio de la región separatista, lo que no contradiría los principios fundamentales del sistema constitucional español tras haberse reformado los artículos 1.2 y 2 de la Constitución Española. Por otro lado, no sería necesario reformar el artículo 149.1.32 sobre competencia exclusiva del Estado para autorizar la celebración de referéndums. Como el acuerdo interno se celebra posteriormente al acuerdo entre el Estado y la región separatista, se presume que si el Estado ha llegado a este acuerdo no va a impedir que se intente alcanzar el segundo acuerdo en la región separatista y autorizaría dicho referéndum. El derecho de secesión y el procedimiento para ejercerlo podrían regularse en el capítulo tercero del título VIII de la Constitución, o incluso

crear un cuarto capítulo específico para la secesión. Sería conveniente establecer un límite temporal al ejercicio del derecho de secesión por la misma entidad subestatal para evitar la inestabilidad política que el constante cuestionamiento de la unidad nacional supondría, siendo treinta años un límite acertado.

IV. CONCLUSIONES

Realizado ya un breve resumen de la investigación, conviene ahora recalcar las conclusiones alcanzadas. Muchas de ellas han sido mencionadas a lo largo del resumen, pero debe profundizarse ahora al menos en las más relevantes.

La secesión-remedio comparte la misma justificación y similares condiciones de ejercicio del derecho de autodeterminación que los procedimientos de independencia ocurridos durante la descolonización, aunque se readapta a nuevos contextos históricos. En la secesión-remedio el derecho de autodeterminación se ejerce de forma unilateral y sin el consentimiento del Estado. Dado que las vulneraciones de derechos humanos y de la autodeterminación interna de una colectividad son causadas por el Estado matriz, no cabe esperar que este Estado esté abierto a negociar una secesión acordada. El éxito de una independencia unilateral ejerciendo el derecho de autodeterminación dependerá de su reconocimiento por la comunidad internacional. Si esta evalúa que la región secesionista sufría violaciones graves y persistentes de derechos humanos e infracciones de su autodeterminación interna, considerará que se trata de un episodio de secesión-remedio y reconocerá el nacimiento de un nuevo Estado.

La secesión democrática no podrá tener lugar de forma unilateral a diferencia de la secesión-remedio y la voluntad popular a favor de la secesión se basa en una fuente de insatisfacción de menor gravedad que en la secesión-remedio. El Derecho Internacional aún no ha abordado la distinción entre ambos tipos de secesión por la dificultad de fijar el grado de gravedad de las fuentes de insatisfacción que diferencia una secesión de la otra, razón por la cual la secesión-remedio sigue siendo meramente un concepto doctrinal. Si una colectividad no constituye un caso de secesión-remedio no puede aplicarse la normativa internacional sobre autodeterminación, siendo el derecho interno el competente para acomodar sus pretensiones. Casi todas las democracias son reacias a acomodar la secesión, habiendo un número cada vez mayor que la prohíben. No obstante, recientemente hay Estados que han dado cabida a la secesión democrática cuando ésta ha tenido un gran apoyo popular.

Esta investigación ha demostrado que la secesión democrática debe acomodarse siempre reformando la Constitución por las contradicciones con algún precepto o con el propio concepto de constitución, lo que hace necesaria siempre la reforma. El reconocimiento de un derecho a la secesión sería solo inviable cuando la prohibición de la secesión sea una cláusula de intangibilidad. Sin embargo, la contradicción entre la secesión y el concepto de constitución puede

llevar a interpretar la secesión como un concepto metaconstitucional o un acto revolucionario que nunca podrá ser regulado por el derecho.

No obstante, sería un error que el constitucionalismo permaneciese indiferente ante la amenaza de una secesión revolucionaria. Una reforma constitucional para reconocer un derecho de secesión podría llegar a garantizar la vigencia y continuidad de un sistema constitucional, adoptando una actitud proactiva para su protección. El constitucionalismo se enfrenta al dilema de en qué casos debe arriesgarse a su desnaturalización reconociendo un derecho de secesión que garantice su continuidad ante la perspectiva de una secesión revolucionaria. El constitucionalismo debe considerar si priorizar la conveniencia de reconocer un derecho de secesión sobre el argumento de la imposibilidad de hacerlo. El encaje constitucional de la secesión democrática implicaría anticiparse a una secesión *de facto* para evitar una pérdida de legitimidad de la legalidad. La valoración de la necesidad de una reforma constitucional es una decisión política basada en la conveniencia de llevarla a cabo. Además, siempre se plantea el interrogante de hasta qué punto un Estado puede utilizar la fuerza para proteger su integridad territorial y garantizar el cumplimiento de la legalidad sin legitimar un episodio de secesión-remedio.

Sin embargo, una vez que se ha acomodado la secesión democrática y se produzca una secesión con éxito, las contradicciones entre los conceptos de constitución y de reforma constitucional impiden modificar de nuevo la constitución, debiendo aprobarse una nueva. Estas contradicciones se omiten para acomodar la secesión y garantizar la continuidad de la legalidad, pero cuando tenga lugar una secesión no se podrá garantizar la continuidad de la legalidad debido a las contradicciones entre la secesión y los conceptos de constitución y reforma constitucional. La secesión democrática se acomoda cuando un independentismo deja de considerar legítima la legalidad que impide la secesión y deja de cumplirla. Las contradicciones entre la secesión y el concepto de constitución podrían implicar que una constitución no pudiese reformarse para reconocer un derecho de secesión. Sin embargo, esta investigación propone que cuando haya una amenaza para la eficacia de una constitución, esta se reforme y se omitan las posibles contradicciones teóricas de dicha reforma. Si la secesión se acomoda para garantizar la eficacia y continuidad de la legalidad, aprobar una nueva constitución y poner fin a la continuidad de la legalidad acarrearía el mismo problema que se quería evitar. En cambio, esta paradoja no se da cuando la secesión ya está acomodada y una región se independiza. En este caso, las contradicciones entre la secesión y los conceptos de constitución y reforma constitucional no pueden omitirse, debiendo iniciarse un nuevo proceso constituyente y no una reforma. Además, un proceso constituyente consensuado también para acomodar la secesión legitimaría dos veces las violaciones de la legalidad por el propio sistema en un muy breve periodo de tiempo.

Esta investigación propone un camino constitucional para la secesión conformado, en primer lugar, por una expresión democrática de una clara voluntad

popular a favor de la secesión surgida en unas elecciones y no en un referéndum y en base a la cual se tome la decisión de negociar el reconocimiento de un derecho de secesión mediante una reforma constitucional. Regulado el derecho de secesión, el segundo proceso es el ejercicio de este derecho, lo que depende de una decisión política sobre su idoneidad basada también en una expresión democrática indirecta, es decir, que provenga de unos resultados electorales. Tras ello, esta investigación propone llegar a dos acuerdos para obtener un triple consentimiento sobre la secesión, por un lado, un acuerdo entre la región secesionista y el Estado y, por otro, el acuerdo interno en la región secesionista recabado en un referéndum, que ratifique también el acuerdo región-Estado.

Como cualquier vulneración de la legalidad haría perder legitimidad a los independentismos vasco y catalán, éstos han buscado repetidamente un cauce legal para sus pretensiones, apelando a diversos derechos para independizarse. Esta investigación ha analizado el derecho de autodeterminación y ha concluido que Cataluña y el País Vasco no pueden ser considerados supuestos de secesión-remedio, siendo improbable que con el actual marco constitucional se den las condiciones para ello. A pesar de la insistencia de los independentismos, no existen pruebas de violaciones graves y persistentes de derechos humanos ni de limitaciones injustificadas de su autodeterminación interna. No obstante, las fuentes de insatisfacción que no sean lo suficientemente graves para legitimar una secesión-remedio pueden legitimar una secesión democrática. De hecho, los independentismos vasco y catalán han sido identificadas como supuestos de secesión democrática. Sin embargo, la Constitución Española prohíbe implícitamente la secesión en los artículos 1.2. y 2, por lo que la secesión en España requeriría una nueva redacción de estos artículos.

El derecho a decidir reivindicado por los independentismos no deriva ni del principio democrático, ni del derecho de autodeterminación ni de ningún derecho fundamental, y equivale a un derecho a expresar una opinión sobre cualquier asunto público en un referéndum y que esta opinión sea políticamente vinculante. El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a decidir debe interpretarse como una aspiración política, que puede realizarse si se ajusta a la Constitución. Sin embargo, la celebración de un referéndum de independencia vulnera los principios de unidad y soberanía nacionales, por lo que el alcance propuesto del derecho a decidir vulneraría la Constitución. El derecho a decidir equivaldría al primer paso en el camino constitucional para la secesión democrática propuesto, el del estímulo democrático que desencadena las negociaciones sobre la acomodación de la secesión o el ejercicio de un derecho a la secesión ya regulado. La única diferencia es que este estímulo se obtendría en un referéndum y no mediante mecanismos de democracia representativa.

Las opciones para independizarse en España se limitan a la expectativa de que exista un cauce legal para ello y no a su existencia actual. La posibilidad de que el derecho de autodeterminación sea un cauce legal para la secesión depende

del reconocimiento internacional de una DUI que no cumpla las condiciones habilitantes para la secesión-remedio, por lo que las opciones de éxito son casi nulas. Esto se evidenció en 2017 cuando Cataluña aprobó una DUI que buscaba el reconocimiento de un supuesto de secesión-remedio y, por ende, de graves violaciones de derechos humanos o de su autodeterminación interna, pero fracasó por la falta de reconocimiento internacional. Como el derecho a decidir equivale al primer paso en el camino constitucional para la secesión democrática, el análisis de los potenciales cauces legales para la independencia se ha centrado en la teoría de la secesión democrática.

La reforma constitucional para el encaje de la secesión en España es necesaria por la contradicción entre la secesión y el concepto de Constitución, así como por su prohibición implícita en los artículos 1.2. y 2. La doctrina ha debatido sobre si el artículo 2 constituye un límite material implícito a la reforma, opción que el Tribunal Constitucional y esta investigación han desechado. La complejidad del procedimiento agravado de reforma supone una barrera para el reconocimiento del derecho de secesión, aunque está plenamente justificada, al menos, para el encaje constitucional de la secesión por las graves consecuencias que esta puede tener. La nueva redacción del artículo 2 no podría caracterizar a la nación española como indisoluble e indivisible y el artículo 1.2 debería reformarse e incluir que la soberanía nacional puede ser ejercida en su conjunto por el pueblo español o separadamente para el ejercicio del derecho de secesión. Además, la investigación analiza el conflicto entre legalidad y legitimidad democrática planteado por los independentismos vasco y catalán para determinar la idoneidad de acomodar la secesión democrática. Sin embargo, en las crisis constitucionales vividas en España se garantizó la continuidad del sistema constitucional sin que su eficacia dependiera exclusiva o mayoritariamente del uso de la fuerza y no de su legitimidad. La aplicación del sistema constitucional español en ambas regiones tendría que haber dependido en mayor medida del uso de la fuerza para que fuera necesario reconocer un derecho de secesión.

La hipótesis más viable es considerar a las Comunidades Autónomas como sujetos del derecho de secesión. Unas elecciones autonómicas servirían para obtener el estímulo democrático a favor de la secesión para ejercer el derecho de secesión y el acuerdo interno en la región secesionista se alcanzaría en un referéndum consultivo del artículo 92 de la Constitución, cuya celebración únicamente en la región separatista sería posible tras la reforma de los artículos 1.2 y 2. No sería necesario reformar el artículo 149.1.32, pues como el acuerdo interno se celebra después del acuerdo Estado-región, el Estado no se negaría presumiblemente a autorizar dicho referéndum. El derecho de secesión podría regularse en el Título VIII de la Constitución, capítulo tres, o creando un capítulo cuarto específico para ello. La iniciativa para ejercer el derecho de secesión sería de los poderes públicos autonómicos, debiendo ser aceptada por la autoridad central.

La creación de embriones humanos con fines de experimentación: un problema de límites al derecho fundamental a la investigación científica[1]

Juan Manuel Martín Guerrero

Doctor por la Universidad de Málaga

1. Esta publicación es parte del proyecto de excelencia "La génesis de nuevos derechos fundamentales en España en el marco del constitucionalismo global (IUSGÉNESIS)", ProyExcel_00457 del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) - Convocatoria 2021, Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía, y del proyecto de I+D+i "La génesis de nuevos derechos fundamentales en el constitucionalismo global" PID2021-126875OB-I00R, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ "FEDER Una manera de hacer Europa".

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Planteamiento y presupuestos técnicos y jurídicos.
III. El problema constitucional de la creación de embriones humanos con fines de experimentación científica.
IV. Estatuto jurídico del embrión humano.
V. La libertad de investigación científica.
VI. Juicio de proporcionalidad.
VII. Conclusión y propuesta alternativa.

NOTA BIOGRÁFICA:

Juan Manuel Martín Guerrero es licenciado en Derecho por la Universidad de Málaga, obtuvo un Máster en Derecho Penal y Política Criminal en 2013 y fue Doctor *Cum Laude* por la misma universidad en 2022. Es abogado ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga desde el año 2013. Actividad que compagina con su labor investigadora. Sus líneas de investigación principales versan sobre derechos fundamentales y *bioconstitucionalismo*.

I. INTRODUCCIÓN

Mi interés por la investigación se despertó durante el último curso (2011-2012) de la Licenciatura en Derecho, cuando tuve la oportunidad de obtener una beca de colaboración con el Departamento de Derecho del Estado y Sociología (Área de Derecho Constitucional) de la Universidad de Málaga (UMA).

Esta enriquecedora experiencia, que pude disfrutar en un momento de intensa actividad intelectual, me brindó la ocasión idónea para concentrar mis inquietudes personales y anhelos académicos en la investigación científica. A partir de aquí se constituyó el embrión de lo que luego sería mi tesis doctoral, cuyos motivos de su singular temática explicaré a continuación.

Siempre he tenido predilección por las humanidades. Estudié el bachillerato de letras puras en el I.E.S. Vicente Espinel de Málaga; un centro en el que -como curiosidad y por orgullo- contaré que cursaron estudios ilustres personajes como Severo Ochoa, Blas Infante, Victoria Kent, Emilio Prados o Manuel Atolaguirre, entre otros. Las lecciones de latín y griego las tomaba con fruición. Hasta tal punto fue mi apasionamiento por la filología clásica que estuve muy cerca de cursar la carrera. Confesaré que aún hoy, en algunas ocasiones y por motivos que no vienen al caso, me arrepiento de no haber tomado esa decisión. Dicho

lo cual, es justo reconocer que el Derecho me ha permitido desarrollar una estimulante carrera profesional como abogado y una extraordinaria vocación por la investigación jurídica. Razón por la que le debo solo agradecimiento. Por su parte, la ciencia y la medicina han suscitado en mí una enorme curiosidad desde niño. Probablemente obedezca a la admiración que siento por aquellos que son capaces de explicar los inextricables fenómenos de la realidad que nos rodea o que persiguen el noble afán de curar.

Por estos motivos, cuando el profesor Dr. D. Ángel Rodríguez-Vergara Díaz, catedrático de Derecho Constitucional de la UMA, me propuso elaborar una tesina fin de carrera, tuve claro que su temática debía relacionar de algún modo pasión y vocación. Así, por aquel entonces me encontraba un día leyendo el periódico *El País* cuando una noticia llamó toda mi atención: se había conseguido con éxito el primer trasplante de un órgano humano creado con células madre embrionarias. Se trataba de una tráquea que había sido trasplantada a un hombre con una grave enfermedad. Inmediatamente supe que las implicaciones constitucionales de las investigaciones científicas, que precedían a este tipo de logros médicos, constituían el objeto sobre el que quería profundizar en mi incipiente labor investigadora.

Por su parte, el contexto científico-social también fue determinante para la elección de una línea de investigación poco explorada entonces desde el constitucionalismo. En este sentido, la primera década del siglo XXI trajo consigo números avances científicos en el ámbito de la biomedicina, entre otras cosas, como consecuencia del uso de las más avanzadas tecnologías. En aquel momento, el Derecho Penal encabezaba la respuesta legal a ciertas técnicas científicas, como la clonación humana o la manipulación genética, que ponían en riesgo bienes jurídicos de extraordinario valor. Así, entendí necesario que el Derecho Constitucional no permaneciera ajeno a la aparición de estas nuevas realidades sociales y se ocupara de ofrecer una solución práctica y efectiva a los problemas que venía provocando la incidencia del progreso científico y el uso disruptivo de nuevas tecnologías en los derechos y valores constitucionales del ser humano. Por fortuna, he podido comprobar a través de estos años de investigación que existen grandes constitucionalistas, apodados bioconstitucionalistas, como el profesor Fernando Rey Martínez, cuyas acertadas y simpáticas palabras cito al efecto: “preocupados por buscar un encaje jurídico-constitucional a los nuevos escenarios que está creando el avance tecnológico de la medicina y la biología, que ya no cabemos en un taxi, aunque tampoco llenamos por ahora un microbús”.

La tesina fue finalmente reconducida y presentada como trabajo de fin de máster, bajo el título de “Las restricciones a la investigación y experimentación biomédica y el derecho fundamental a la producción y creación científica”. Con este estudio se quiso ofrecer una visión genérica de cómo se despliega este derecho fundamental -art. 20.1 b) CE- en el ámbito de la genética humana y la biomedicina, señalando los derechos o bienes constitucionales concernidos por la ejecución de ciertas técnicas biomédicas y valorando determinadas

restricciones legales impuestas a la libertad de investigación científica, en la consideración de que este es el derecho fundamental que ampara a quienes ejercen esta actividad.

A partir de aquí comenzó una etapa vital y académica que ha culminado con la presentación de la tesis doctoral de cuyo contenido principal daré cuenta en esta contribución. Pero siendo esto así, y aprovechando una vez más la licencia de estilo concedida por los directores de la revista, para terminar, quiero destacar brevemente lo que para mí ha sido uno de los aspectos más enriquecedores de esta etapa; dando por sentado que la finalidad formativa y la aptitud para la investigación han sido logradas. En este sentido, he de decir que me siento orgulloso y afortunado por haber tenido la oportunidad de compartir los inicios de mi carrera académica, así como también mis inquietudes intelectuales y personales, con una magnifica generación de constitucionalistas jóvenes, pero de extraordinaria madurez intelectual, preocupados por adaptar el texto constitucional a la luz de los problemas modernos, aunque rigurosos desde el punto de vista dogmático y que, en definitiva, están consiguiendo que el constitucionalismo esté más vivo que nunca y que sus miembros hayamos estrechado unos lazos de enorme interés para la disciplina.

II. PLANTEAMIENTO Y PRESUPUESTOS TÉCNICOS Y JURÍDICOS

En el origen de esta investigación doctoral se pueden distinguir cuatro elementos. En primer término, la observación de unos hechos científicos referidos al potencial terapéutico que vienen demostrando las células contenidas por el embrión humano en sus primeras fases de desarrollo y el interés científico que suscita investigar las etapas más tempranas de la vida humana. En segundo lugar, el examen del contexto legal donde inciden estos hechos, el cual, viene dado por la necesidad de conocer las normas nacionales e internacionales que afectan a la realización de aquellas técnicas científicas que tienen por objeto la creación de embriones humanos para fines de experimentación científica. En tercer lugar, la detección de diversas cuestiones jurídicas controvertidas que confluyen en un problema constitucional. A este respecto, se observa que el ordenamiento jurídico español, con fundamento en disposiciones internacionales, contiene varios preceptos que prohíben expresamente la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación, sobre la base de considerar a este organismo acreedor de valores o intereses dignos de protección. El problema es que los principios que inspiran esta intervención normativa confrontarían con la protección que el ordenamiento jurídico constitucional dispensa al derecho fundamental a la investigación científica, con el inherente riesgo de que la respuesta normativa sea desproporcionada. Por último, el cuarto elemento lo constituye la proposición de alternativas de solución que son presupuesto de una hipótesis principal para la resolución del presumible problema constitucional. En este sentido, la hipótesis se formula sobre la premisa de considerar la preponderancia del derecho fundamental a la investigación

científica, previsto en el art. 20. 1 b) CE, frente a la protección de esos presumibles valores o intereses encarnados por el embrión humano.

Por su parte, dentro de los presupuestos técnicos y jurídicos de la investigación con el embrión humano en sus primeras fases de desarrollo se destacan dos aspectos concretos: por un lado, las principales técnicas científicas que tienen a este organismo en el centro de su ejecución y, por otro, los problemas jurídicos suscitados por la normativa nacional e internacional que regula estas actividades.

Con respecto a la primera cuestión, se examinan dos técnicas científicas. En primer lugar, la fecundación *in vitro*, que consiste en fusionar fuera del útero materno los gametos reproductores masculino y femenino para constituir un embrión humano en estado *in vitro*, al que se denomina *embrión gamético*. En segundo lugar, la clonación no reproductiva o activación de ovocitos mediante transferencia nuclear, que consiste en transferir el núcleo de una célula adulta a un óvulo previamente enucleado, con el propósito de crear igualmente un embrión humano en el laboratorio, al que se le denomina *embrión somático*.

En ambos casos, hay que aclarar que el objeto de estas técnicas lo constituye el embrión humano preimplantatorio, esto es, el embrión creado *in vitro* y cuyo desarrollo no supera la barrera de 14 días. Igualmente, que la finalidad es la obtención de células madre o troncales o el estudio científico de las primeras etapas de la vida humana, siempre con objetivos terapéuticos.

Con relación al segundo aspecto señalado, esto son, los problemas planteados por la normativa nacional e internacional que se ocupa de regular estas actividades que utilizan al embrión humano como objeto de investigación, se diferencian dos planos jurídicos. En un primer plano, se encuentran las específicas cuestiones legales suscitadas en el ámbito interno del derecho administrativo y del derecho penal por la prohibición de crear embriones humanos para fines de investigación científica. Por su parte, en el segundo plano, se sitúa la cuestión de la incidencia constitucional que provoca la prohibición legal de crear embriones humanos con fines de investigación científica. En esta contribución se abordará exclusivamente este último aspecto.

III. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL DE LA CREACIÓN DE EMBRIONES HUMANOS CON FINES DE EXPERIMENTACIÓN CIENTÍFICA

Esta cuestión procede de la existencia de varios preceptos del ordenamiento jurídico español que, con fundamento en disposiciones internacionales, prohíben expresamente la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación científica. Así, en primer lugar, el art. 33 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (en adelante LIB), en su párrafo primero *prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación*. Por su parte, el art. 160.2 del Código penal castiga

con penas de uno a cinco años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años a *quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.* Por último, el art.18 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (en adelante, Convenio de Oviedo o CDHB), en su párrafo segundo, *prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación.*

El problema aparece porque los valores o intereses que inspiran la intervención normativa en el contexto de la investigación con embriones humanos confrontan con la protección que la constitución otorga a la libertad de investigación científica, con el riesgo de que la respuesta normativa sea desproporcionada al no atender a dicho elemento.

A partir de aquí, un planteamiento adecuado de la cuestión exige distinguir entre dos decisiones legislativas adoptadas en el citado contexto legal, cuya configuración debe ser considerada en el susceptible juicio de proporcionalidad, y entre los dos tipos de embriones que son producto de las técnicas científicas objeto de regulación, a fin de determinar la aptitud de dichos organismos para ser portadores de bienes o intereses dignos de protección constitucional.

Respecto a la primera distinción, de una parte, se encuentra la decisión legislativa de prohibir la creación de embriones humanos con fines exclusivos de experimentación, y de otra, la de sólo autorizar la investigación con embriones humanos sobrantes de los programas de reproducción humana asistida. Así, por ejemplo, el citado art. 33 LIB, mientras que en su apartado primero prohíbe la creación de embriones humanos con fines de experimentación, en su apartado segundo, permite la *utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, siempre que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin.*

Por su parte, el art. 18 del Convenio de Oviedo, que se ha mostrado prohíbe en su apartado segundo la constitución de embriones humanos con fines de experimentación, en su párrafo primero, establece que *cuando la experimentación con embriones «in vitro» esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión.*

Lo anterior significa que el ordenamiento jurídico español, con fundamento en la norma europea, no permite crear embriones humanos con fines exclusivos de investigación, pero sí autoriza estos mismos fines con aquellos embriones que, creados inicialmente con fines de procreación, resultan sobrantes de los programas de reproducción humana asistida.

De acuerdo con la segunda distinción, esto es, con respecto a los dos tipos de embriones que son producto de las técnicas científicas objeto de regulación, hay que diferenciar entre los embriones procedentes de la técnica de fecundación

gamética (embriones gaméticos) y los embriones procedentes de la técnica de clonación no reproductiva (embriones somáticos).

Con estos presupuestos, y para saber el alcance de la prohibición de crear embriones humanos con fines de investigación científica, lo que se presenta como necesario es saber exactamente qué es un embrión humano y cuáles son los valores o intereses que encarna desde el punto de vista jurídico.

IV. ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN HUMANO

El examen de esta cuestión se centra delimitar el concepto jurídico de embrión humano, de un lado, y en identificar cuáles son los valores encarnados por este organismo y hasta dónde alcanza su protección, de otro.

Con relación a la primera cuestión, el estudio del concepto jurídico del embrión conduce a sostener un criterio delimitador que sirva para diferenciar a una realidad biológica y jurídica digna de protección legal de otro tipo de organismo que, si bien pueda ser portador de vida humana desde el punto de vista biológico, no puede ser considerado embrión humano desde el punto de vista jurídico.

A este respecto, se propone como nota conceptual diferenciadora la existencia en el organismo embrionario de potencialidad intrínseca de desarrollo para alcanzar el estatus de persona. Esta tesis obedece a la idea de que para un sistema como el jurídico, fundamentado en la persona y los valores y principios que le son reconocidos, contemplar normativamente al embrión humano como un ser dotado de potencialidad para convertirse en una persona en el sentido fundamental del término, resulta coherente para el ordenamiento jurídico y, además, permite categorizar a este organismo dentro de un estatuto jurídico especial que lo diferencie a nivel valorativo de otras nuevas formas de vida humana que trae consigo el progreso científico, pero que sean incapaces de desarrollarse hasta convertirse en persona.

De esta concepción se deducen varias conclusiones que, a su vez, delimitan el objeto. En principio, a rechazar la idea de que la técnica de clonación no reproductiva se vea afectada por la prohibición de crear embriones humanos para fines de experimentación (art. 18.2 CDHB y 33.1 LIB) o por el tipo penal que prohíbe fecundar óvulos humanos para fines distintos a la procreación (art. 160.2 CP), en la medida en que el organismo resultante de esta técnica (embrión somático) no es un embrión humano al carecer de capacidad para desarrollarse hasta alcanzar el estatus de persona. En segundo lugar, a determinar que el problema constitucional suscitado por la creación de embriones humanos para fines de experimentación incide exclusivamente sobre la técnica de fecundación *in vitro* y el embrión humano de origen gamético procedente de esta, por ser el único organismo capaz de desarrollarse hasta convertirse en una persona y, en

consecuencia, ser el único organismo con aptitud para encarnar bienes o intereses dignos de protección constitucional.

Respecto a la segunda cuestión, esto son, las dudas suscitadas sobre cuáles son los valores o intereses encarnados por el embrión humano *in vitro* y el alcance de su protección, el examen de su estatuto jurídico permite determinar la posición que ocupa este organismo ante la norma fundamental.

De este modo, en el análisis sistemático de la jurisprudencia más relevante del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el valor de la vida humana en sus primeras fases de desarrollo, se observa un denominador común: el embrión humano no tiene derecho a la vida pero, debido a su capacidad intrínseca para desarrollarse hasta convertirse en un ser humano, en una persona en el fundamental sentido del art. 10 CE, es considerado un bien constitucionalmente protegido, con fundamento en el valor jurídico-objetivo de la vida (art. 15 CE) y merece protección en nombre de la dignidad humana (art. 10.1 CE).

No obstante, esta afirmación categórica sobre la extensión de los valores de la vida y la dignidad humana al embrión es matizada en el sentido concreto que se entiende debe ser interpretado el alcance de la protección constitucional otorgada a un embrión humano *in vitro*. De este modo, aunque sea razonable el reconocimiento de los valores de la vida y la dignidad humana a este organismo en sus primeras fases de desarrollo, esta protección no puede ser absoluta, sino que debe ser ponderada atendiendo a dos elementos: uno, la fase de desarrollo biológico en la que se encuentre y la determinación de su capacidad para desarrollarse hasta convertirse en persona, y el otro, la necesaria armonización dentro del texto constitucional de estos bienes con aquellos otros derechos o intereses dignos de protección.

Dicho esto, y atendiendo a que es la libertad de investigación científica, el derecho con el que confrontan los valores de la vida y de la dignidad encarnados por el embrión humano *in vitro*, en este punto se manifiesta la necesidad de apuntar algunas notas relevantes sobre su contenido y dimensión constitucional.

V. LA LIBERTAD DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

La importancia de estudiar esta libertad fundamental, en el contexto de la experimentación con embriones humanos, radica en el hecho de que olvidar que en este ámbito la intervención legal incide sobre un derecho fundamental conlleva el riesgo de que la respuesta normativa sea desproporcionada, al no atender adecuadamente a dicho elemento.

Respecto a este derecho fundamental se presenta como ineludible profundizar en dos aspectos concretos. Por un lado, en la delimitación de su contenido, a fin

de conocer las facultades que este derecho brinda a sus titulares para garantizar su ejercicio. Por el otro, en la especifica posición que esta libertad manifiesta ocupar dentro del Estado social y democrático de derecho.

Con relación al primer aspecto, la delimitación del contenido del derecho fundamental a la investigación científica permite conocer que se trata de un derecho que comprende en su espacio de protección un conjunto de acciones o facultades otorgadas a sus titulares dirigidas a proteger la libertad del proceso creativo de investigación científica, frente a las intromisiones ilegítimas que provengan de los poderes públicos o de terceros. Un espacio, además, conformado por varios contextos donde se desarrolla la libertad de investigación en toda su extensión, incluyendo un ámbito específico donde esta se manifiesta claramente a través del derecho a experimentar sobre lo que es objeto de estudio, así como del derecho a elegir el método experimental que mejor se ajuste a las necesidades, intereses o fines de la investigación.

Con relación al segundo aspecto, desde la manifestación de una cualidad o valor reforzado de este derecho dentro del Estado social y democrático de derecho, se identifica en la amplia dimensión constitucional que abarca la protección constitucional de la ciencia dos vertientes o facetas representadas, de una parte, por los principios de promoción y fomento de la ciencia y de otra, por un novedoso valor o bien jurídico configurado sobre la pretensión de que la colectividad se beneficie o goce de los avances del progreso científico.

Con estas premisas, y a partir del reconocimiento de que estas vertientes son ajenas el espacio iusfundamental del derecho, pero en la convicción de que del contenido de estos bienes se deduce la existencia de intereses constitucionalmente protegidos (como puede ser la salud y la integridad de personas afectadas por graves enfermedades), se postulan estas figuras como importantes elementos de ponderación para abordar el conflicto entablado entre la prohibición de la creación de embriones humanos *in vitro* para fines de investigación y la protección de la libertad de investigación científica.

A partir de aquí, la investigación se orienta a ofrecer solución al conflicto constitucional que resulta de la confrontación entre los valores de la vida y de la dignidad humana, representados en el embrión humano *in vitro*, y la libertad de investigación científica, a propósito de las prohibiciones de crear embriones humanos con fines de experimentación, previstas en los arts. 33.1 de la LIB, 18.2 del CDHB y 160.2 del CP.

VI. JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

Para imponer un límite a un derecho fundamental se debe justificar la necesidad de proteger otro bien o derecho constitucionalmente garantizado y es preciso cumplir con los requisitos del principio de proporcionalidad.

En consecuencia, verificar la hipótesis sobre la preponderancia de la libertad de investigación científica frente al valor del embrión humano *in vitro*, conduce necesariamente a comprobar si las medidas restrictivas del ejercicio del derecho fundamental cumplen con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que componen el principio de proporcionalidad. Puesto que el incumplimiento de alguno de estos elementos puede determinar la inconstitucionalidad de la intervención legal al no atenderse la indispensable relación de equilibrio que debe existir entre el medio empleado y la finalidad perseguida en la restricción de un derecho fundamental.

Para realizar este juicio ponderativo, se debe distinguir entre las prohibiciones de crear embriones humanos para fines de experimentación científica, previstas en los arts. 33.1 LIB y 18.2 CDHB, y la específica prohibición penal de fecundar óvulos humanos con fines distintos a la procreación, recogida en el art. 160.2 CP.

Con carácter previo hay que indicar que, en cuanto que no se cuestiona la idoneidad y la necesidad de estas medidas legales, el examen se centrará en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, lugar donde se fundamenta el incumplimiento de este indispensable requisito.

Dicho esto, con respecto a las prohibiciones de los artículos 18.2 del Convenio de Oviedo y 33. 1 LIB, el motivo principal para defender que no cumplen con este requisito es que no se observa una relación de proporcionalidad entre los beneficios obtenidos con la protección de la vida y la dignidad del embrión humano *in vitro* en relación con la incidencia negativa de la intervención en el derecho fundamental a la investigación científica y en los principios a este adscritos, cuando esta actividad es desarrollada en el ámbito biomédico. Así, en este supuesto concreto de la investigación con embriones humanos, el legislador ha perdido de vista la importancia de este derecho fundamental, poniendo énfasis en la protección prevalente de los intereses representados por esta forma incipiente de vida humana.

Desde este prisma, lo que aquí se propone es un cambio de orientación en la forma de abordar este problema jurídico-constitucional, por la que se considere la naturaleza fundamental de los bienes e intereses representados por la libertad de investigación y se ensalce el carácter preponderante de este derecho fundamental, con respecto a los intereses encarnados por el embrión humano *in vitro*.

A estos efectos, se comenzará examinando el supuesto de hecho concreto sobre el que se asientan la prohibición.

El art. 33.1 LIB, con fundamento en el art. 18.2 CDHB, persigue la adecuada protección del embrión humano *in vitro*, que reputa insuficiente cuando estos se crean para fines exclusivos de experimentación. Como se ha visto, ello no impide que la investigación con embriones *in vitro* pueda estar admitida por la ley, sino solo que se deben encontrar fórmulas legislativas que garanticen esa protección

idónea. La alternativa menos gravosa configurada por nuestro ordenamiento jurídico ha consistido en permitir solo la investigación con embriones humanos sobrantes de los programas de reproducción asistida.

En el fundamento de esta solución se encuentra la confluencia de varios juicios de valor moral: uno positivo apoyado en la idea de que, ante la inevitable existencia de embriones sobrantes de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y frente a la única alternativa posible de la destrucción, el mal menor lo constituye la investigación científica; y otro negativo fundamentado en la idea de que la creación de embriones humanos con fines de experimentación supone un atentado a la dignidad humana, en la medida en que se está instrumentalizando a un ser humano en interés de la sociedad o de la ciencia.

Pero esta solución, que quizás pueda encontrar justificación en el plano moral, resulta inconsistente desde el punto de vista jurídico por los motivos que se exponen a continuación.

I) La prohibición de creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación supone una incoherencia valorativa dentro del ordenamiento jurídico con respecto a otras decisiones legislativas adoptadas con relación a objetos normativos de análoga entidad.

II) Prohibir la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación supone en sí misma una medida desproporcionada con relación a los sacrificios de la intervención en el derecho fundamental y los beneficios de la realización del fin legislativo.

Comenzando por el primer motivo, las decisiones legislativas que sirven para fundamentar esta idea son la autorización de la investigación sobre embriones sobrantes de las TRHA, contemplada en la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, de un lado, y la interrupción voluntaria del embarazo prevista en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, de otro.

Con respecto a la primera decisión legislativa, hay que saber que la existencia de embriones sobrantes de las TRHA responde, desde el punto de vista constitucional, a la lógica científica de obtener un número suficiente de embriones necesario para asegurar el éxito probable de la técnica de reproducción asistida. Por este motivo, si se acepta que el embrión humano *in vitro* posee protección constitucional con arreglo a los valores de la vida y de la dignidad humana, pero se permite relativizar dicha protección en favor de los derechos de reproducción hasta el punto de admitir su inevitable destrucción, no se podrá obviar que la prohibición legal de su creación con fines de experimentación resulte desproporcionada por situar en un plano valorativo diferente al derecho fundamental a la investigación científica.

Se recordará que la autorización de las técnicas de reproducción asistida son el resultado de un juicio ponderativo resuelto a favor de un derecho a la procreación, ligado inherentemente con otros derechos o libertades reconocidas constitucionalmente como son la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al matrimonio, a fundar una familia o, incluso, con el derecho a la salud. De este modo, si de la Constitución no se desprende que sea contrario a la vida y la dignidad humana la posibilidad de obtener un número suficiente de embriones para garantizar el éxito de la técnica de reproducción asistida no parece razonable suponer que la creación de embriones humanos para fines de experimentación no encuentre encaje en el texto constitucional amparada en la autonomía de la libertad de investigación. Especialmente, cuando la investigación científica de carácter biomédico no solo es un fin como derecho fundamental sino también un medio para otros fines igualmente constitucionales: salud, integridad física y dignidad.

Con respecto a la segunda decisión legislativa, se debe saber que la ponderación que el legislador realiza en esta norma parte de considerar los cambios cualitativos que durante el embarazo tienen lugar en la vida en formación para establecer una concordancia práctica de los derechos y bienes concurrentes a través de un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación. Bajo este presupuesto, y tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se autoriza la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación, a petición de la mujer embarazada. Con esta decisión el legislador determina la prevalencia de la protección de la salud sexual y reproductiva de las mujeres sobre los valores encarnados por el feto humano.

Estas premisas, si se atiende al modelo propuesto de gradual protección de la vida humana desde la fecundación y de extensión de los valores de la vida y la dignidad al embrión humano *in vitro*, conducen a concluir una desproporción por exceso en la prohibición de crear embriones humanos para fines de experimentación. Así, no resulta razonable en términos comparativos que el legislador permita la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación, cuando la posición de los valores encarnados por el feto se sitúan en el plano superior de la gradual escala de protección que la constitución reconoce a la vida humana en formación y, sin embargo, prohíba la creación de embriones humanos con fines de investigación científica cuando este organismo y los valores sobre los que se proyecta su protección se sitúan en un plano muy inferior.

Continuando con el segundo motivo, esto son, las razones de por qué prohibir la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación supone en sí misma una medida desproporcionada con relación a los sacrificios de la intervención en el derecho fundamental y los beneficios de la realización del fin legislativo.

Aquí el principal argumento en contra de autorizar la creación de embriones *in vitro* con fines exclusivos de investigación es que esta acción supone una instrumentalización del ser humano, contraria a su dignidad.

Pero este motivo debe decaer puesto que el hecho de que la protección de la dignidad humana se proyecte sobre el embrión humano *in vitro* no hace imposible que esta pueda ceder, en el supuesto planteado, en favor de un interés prevalente como es la libertad de investigación. Sobre todo, si se concibe en el ámbito de la biomedicina el concepto de dignidad humana como una categoría más amplia no vinculada estrictamente con el ser humano y con la idea de su singularidad e identidad, sino con el valor biológico que estos organismos poseen como especie humana y con su capacidad intrínseca para convertirse en un ser humano.

En este sentido, uno de los principales deberes del legislador es adaptar el derecho a los valores imperantes en la sociedad en cada momento histórico en la misma medida que la Constitución, a través de una interpretación evolutiva de los grandes principios constitucionales han de "acomodarse a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad"[2]. Así, el valor de la dignidad humana ha hecho imperativo, en el ámbito de la biomedicina, el deber de respetar la singularidad y diversidad de cada ser humano e impedir su instrumentalización en beneficio exclusivo de la sociedad y de la ciencia. Sin embargo, la dignidad humana es una noción que ha evolucionado para dar cabida a las nuevas realidades surgidas de los avances científicos, entre las que se encuentra el embrión humano *in vitro* o las células madre embrionarias.

Estas razones inclinan la balanza hacia la prevalencia de la libertad de investigación científica en el campo de la biomedicina por encima de los valores vida y dignidad humana en el grado en que estos se encarnan en el embrión humano *in vitro*. De este modo, la intromisión producida por la prohibición de crear embriones humanos para fines de investigación científica, prevista en los art. 33.1 LIB, en el espacio delimitado por el derecho fundamental del art. 20.1 b) CE, alcanza la entidad suficiente como para declarar la inconstitucionalidad de la norma por desproporcionada. Así, el peso relativo de los valores que fundamentan la intervención legislativa no es suficiente para justificar una fuerte restricción del derecho fundamental a la investigación científica, en un ámbito como el biomédico, en el que se ven afectados otros derechos de índole constitucional como son la salud, la vida y la integridad de las personas que se encuentran afectadas por graves enfermedades.

En el supuesto concreto aún restaría determinar si la afectación al derecho fundamental a la investigación científica y a los intereses a este adscritos que se produce con la prohibición de fecundar óvulos humanos con cualquier fin

2. STC 198/2012, F.J. 9º.

distinto a la procreación y con la correspondiente pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años, viene justificada por la importancia que reviste la protección de los bienes jurídicos de la vida y de la dignidad humana que respaldan la intervención penal.

Pero en este sentido, si se es consecuente y se atiende al principio de unidad valorativa y no contradicción del ordenamiento jurídico, sostener que la prohibición de crear embriones humanos para fines de investigación científica es inconstitucional, en la medida en que los beneficios de la intervención legislativa no están suficientemente justificados con relación a los sacrificios que produce en el derecho fundamental, conduce en el plano de la constitucionalidad de la norma penal a determinar la existencia de una clara desproporción entre ambas magnitudes al no existir igualmente una clara equivalencia entre la gravedad de la intromisión y el peso de los fundamentos que la justifican.

Así, desde la perspectiva de la proporcionalidad en sentido estricto, la sanción de fecundar óvulos humanos para cualquier fin distinto a la procreación humana del art. 160.2 CP debe decaer, puesto que la importancia de los bienes protegidos por la intervención (vida y dignidad) no es equiparable a la intensidad agravada con la que la prohibición y la pena inciden en el derecho fundamental y en las posiciones constitucionales a este adscritas.

VII. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA ALTERNATIVA

A modo de conclusión, hay que decir que la inconstitucionalidad de estos preceptos no significa necesariamente que el embrión humano *in vitro* quede absolutamente desprotegido por el ordenamiento jurídico. De ser así, la autorización de este tipo de investigaciones podría resultar inconstitucional por no garantizar una adecuada protección del embrión humano *in vitro* o por afectar a otros intereses constitucionales. No obstante, a fin de evitar estos efectos indeseables, el legislador posee aún un amplio margen de acción para decidir sobre alternativas legislativas que concilien adecuadamente la garantía del derecho fundamental a la investigación biomédica, como instrumento clave para garantizar la salud y la calidad de vida de los ciudadanos, y la protección de los sensibles valores atribuidos al embrión humano *in vitro*, como organismo perteneciente a la especie humana.

Una alternativa plausible puede ser un sistema por el que se establezca un principio general que autorice la creación de embriones humanos con fines de investigación científica y terapéutica, regulando por ley los supuestos y requisitos que tiene que cumplir el investigador y/o centro de investigación para llevar a cabo un proyecto científico con este tipo de material humano.

En efecto, la autorización de este tipo de investigaciones exigiría el cumplimiento de unas garantías mínimas de protección para el embrión humano. Ante todo, resultaría esencial que el proyecto de investigación sea de interés científico relevante y esté desprovisto de fines lucrativos. De este modo, solo cumplirían este requisito aquellas investigaciones que sirvan fundamentalmente para ampliar el conocimiento científico sobre la formación de la vida humana, sobre las causas de ciertas enfermedades graves que se originan en las etapas incipientes del desarrollo del ser humano o para proporcionar el conocimiento necesario para la implementación de terapias dirigidas a curar o mitigar los efectos de tales dolencias. También sería necesario la determinación del número de embriones que se crearían en cada proyecto. Así, solo deben constituirse los organismos estrictamente necesarios para garantizar, bajo criterios científicos previamente autorizados por los órganos competentes en la materia, la viabilidad de la experimentación. Y por supuesto, tanto la autorización como el desarrollo o aplicación de estos proyectos de investigación deberían de estar bajo control y seguimiento de comisiones de expertos que aseguren las garantías científicas, legales y éticas exigibles en la legislación otorgada al efecto.

La igualdad como parámetro de control de la constitucionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional español: evolución, modelo aplicativo y principio de proporcionalidad

Lorena
Chano Regaña

Doctora por la Universidad de Extremadura

fundación
Manuel
Giménez
Abad
de Estudios Parlamentarios
y del Estado Autonómico

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Planteamiento del problema, objeto y metodología.
III. El juicio de igualdad cuando se aplica la cláusula general de igualdad del art. 14 de la Constitución.
IV. El juicio de igualdad cuando se aplica la prohibición de discriminación del art. 14 de la Constitución.
V. El juicio de igualdad cuando se aplican otras manifestaciones concretas de igualdad recogidas en el texto constitucional. VI. Conclusiones.

NOTA BIOGRÁFICA:

Doctora *Cum Laude* en Derecho Constitucional con mención internacional y premio extraordinario de Doctorado (UEx, 2022). Máster en Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas, especialidad doble en Derecho Público y en Derecho Privado (UEx, 2012). Letrada de la Administración de Justicia en 2015. Estancias de investigación en la Università degli Studi di Bologna (Italia, 2014, 2019 y 2022) y en la Universidad Externado de Colombia (2022). Investigadora Jean Monnet entre 2015-2018 y entre 2022-2025. Magistrada suplente en Extremadura desde 2018. Actualmente es profesora de Derecho Constitucional en la UEx. Sus principales líneas de investigación son la protección jurídico-constitucional de la igualdad; la interpretación constitucional; el control de constitucionalidad; el derecho e instituciones de la Unión Europea; y, la memoria democrática.

I. INTRODUCCIÓN

Mi investigación doctoral analiza la aplicación de la igualdad por parte del Tribunal Constitucional (en adelante TC) como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley en España. Para ello, parto de la aplicación del principio constitucional de la proporcionalidad en cuanto a método estructural de evaluación de la legitimidad constitucional de las injerencias de los poderes públicos en el contenido de los derechos fundamentales. Los objetivos que persigo son determinar si existe un juicio de igualdad específico en el control de constitucionalidad de las leyes y analizar la evolución del contenido y significado de la igualdad en el constitucionalismo democrático español. Para ello he realizado un estudio casuístico de todas las sentencias recaídas en procesos de control de constitucionalidad de las normas en materia de igualdad durante los primeros cuarenta años de actividad del TC.

Este estudio pormenorizado de la jurisprudencia constitucional ha sido complejo tanto por el abultado número de sentencias como por la dificultad inicial de encontrar una sistematización que se adecuara a las pretensiones del trabajo, a lo que habría que sumar la heterogeneidad de materias objeto de legislación que se han recurrido ante el TC en relación con la igualdad. No obstante, el objeto de investigación no varió un ápice desde que decidí mi tema de tesis hasta el día que la defendí obteniendo la calificación de *Cum Laude*.

Mi investigación no es un estudio más sobre la naturaleza y significado del principio de igualdad, sino que presenta un análisis empírico-teórico a partir de la propia aplicación que el TC ha hecho de la igualdad a lo largo de los años. A partir de este análisis de la jurisprudencia constitucional, con una evidencia empírica muy sólida, presento las transformaciones que la actividad del TC ha provocado en la concepción jurídica de la igualdad e identifico un modelo aplicativo del principio de igualdad como parámetro de control de la constitucionalidad que interesa tanto a la academia como los juristas prácticos.

El tema de investigación tiene su precedente en el Trabajo Fin de Máster (TFM) que realicé en el marco del Máster de Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas que me dio acceso al Doctorado, donde ya me aventuré a analizar la jurisprudencia más significativa del TC en materia de igualdad en relación con el principio de proporcionalidad. La idea surge de los debates planteados por el Dr. Marcos Criado de Diego en los seminarios doctorales del Máster y de mi curiosidad por conocer cómo funcionaba la interpretación y la aplicación del derecho, más allá del estudio del derecho positivo, en el que ya tenía una experiencia y una base muy sólida cimentada en mis estudios de judicatura. En este sentido debo agradecer al profesor Marcos Criado de Diego el haber visto en mí esa curiosidad científica y el haber sabido fomentarla y alimentarla a lo largo de los años; primero, como profesor y tutor de mi TFM; después como director de tesis; y ahora, como compañero de tantos proyectos académicos e investigadores.

En las próximas líneas intentaré hacer una síntesis de mi investigación doctoral, omitiendo las referencias bibliográficas y jurisprudenciales como aconsejan los editores de esta publicación. En cualquier caso, me remito al texto de la tesis doctoral, donde todas las afirmaciones vertidas en este artículo son constatables en las fuentes citadas e ilustradas a partir de gráficas y tablas que dan cuenta no sólo del volumen cuantitativo del estudio casuístico realizado, sino también del análisis teórico-jurídico y de las tesis sostenidas.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, OBJETO Y METODOLOGÍA

La noción contemporánea de igualdad admite la diferencia jurídica alineándose con la máxima aristotélica de justicia distributiva de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. A diferencia del constitucionalismo liberal (en el que

la igualdad se confundía con el principio de legalidad y de generalidad en la ley sin admitir excepciones) en la concepción de la igualdad del constitucionalismo contemporáneo se admite la diferencia legislativa justificada en motivos razonables, objetivos y proporcionados. Cuando las normas que introducen diferencias jurídicas son recurridas y cuestionadas por posible conculcación de la igualdad ante el TC, éste tiene que determinar si estamos ante una diferencia jurídica justificada y admisible constitucionalmente; o, si, por el contrario, estamos ante una desigualdad no justificada y contraria al texto constitucional. En este contexto, la investigación analiza la aplicación de la igualdad por parte del TC en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley en España que establecen un trato jurídico diferente, es decir, que distinguen entre colectivos o grupos de personas estableciendo consecuencias jurídicas distintas y diferenciadas para supuestos de hecho semejantes u homologables, (en principio, con una pretendida finalidad legítima y una justificación objetiva y razonable). En particular, la investigación tiene por objeto responder a las siguientes preguntas:

Primera. ¿Cómo aplica el TC la igualdad en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes? ¿Existe algún modelo de aplicación de la igualdad cuando opera como parámetro de control de la constitucionalidad?

Segunda. ¿Qué concepción de la igualdad aplica el TC? ¿Ha evolucionado la concepción de la igualdad en el constitucionalismo democrático español desde sus inicios hasta la actualidad?

Si tuviéramos que traducir estas preguntas a objetivos, estos serían:

1. Determinar si al resolver sobre la posible conculcación de la igualdad por parte de una disposición legislativa, se aplica de una forma más o menos estructurada el principio de proporcionalidad; o, si, por el contrario, se aplican otros métodos o estructuras argumentativas.
2. Examinar si la aplicación de la igualdad como canon de control de la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley tiene (o ha adquirido con el paso del tiempo) una sustantividad propia como juicio de legitimidad constitucional de las leyes que establecen diferencias entre las personas o que, de uno u otro modo, interfieren en la igualdad. De ser así, se pretende identificar los rasgos definidores y los componentes de este examen y fijar el modelo de juicio de igualdad aplicable.
3. Establecer si la concepción de la igualdad ha evolucionado desde las primeras sentencias del TC hasta la actualidad, señalándose en el caso de ser así cuáles han sido estas transformaciones.

En una primera fase de la investigación recopilé a través de la base de datos del TC todas aquellas sentencias recaídas en recursos de inconstitucionalidad, recursos previos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad y

cuestiones internas de inconstitucionalidad en cuyos fundamentos jurídicos se hiciera referencia a la "igualdad", a la "discriminación", al art. 14 de la Constitución (CE) y al art. 9.2 CE, tanto de forma individual, como de forma conjunta.

Esta primera recogida de datos arrojó que del total de 1585 sentencias dictadas por el TC en procesos de control de constitucionalidad de las normas entre el 26 de enero de 1981 (fecha de la primera sentencia dictada por el TC) y el 31 de diciembre de 2019 (fecha en que cierro la investigación de mi tesis doctoral), 668 citaban la igualdad entre sus fundamentos jurídicos. Una lectura pormenorizada de estas 668 sentencias me permitió acotar el objeto de la investigación exclusivamente en aquellas 289 sentencias que utilizaban la igualdad como canon de control de la constitucionalidad de las normas analizando la legitimidad constitucional de una diferencia jurídica. De ellas: 105 recursos de inconstitucionalidad; 3 de los cuales se encuentran acumulados con cuestiones de inconstitucionalidad, sumando estas un total de 180; 1 recurso previo de inconstitucionalidad y 6 autocuestiones. En el cómputo por décadas, un total de 44 casos entre el 26 de enero de 1981 y el 31 de diciembre de 1990; 64 casos entre el 1 de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 2000; 81 casos entre el 1 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2010; y, 100 casos entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2019.

Por tanto, el objeto de estudio de mi investigación lo componen las sentencias del TC que han utilizado la igualdad como canon de control de la constitucionalidad de las normas porque las partes recurrentes o el órgano promotor de la cuestión han invocado la lesión del art. 14 CE, del art. 9.2 CE o de cualquier otra manifestación específica de igualdad que ha derivado en la aplicación del "juicio de igualdad", esto es, entendiendo el "juicio de igualdad" como la respuesta del TC para los casos en los que la igualdad actúa como parámetro de la constitucionalidad de las normas con rango de ley por producirse algún trato jurídico diferente o alguna discriminación.

En la delimitación del objeto de estudio, desprecié las sentencias que citando la igualdad no la aplicaban como parámetro de control de la constitucionalidad (379 resoluciones). En este listado de resoluciones excluidas se cuentan aquellos casos notoriamente infundados sobre los que el TC no ha entrado a resolver y las menciones incidentales o secundarias a la igualdad en las sentencias cuya controversia constitucional no interfería para nada con el principio. En esta categoría incluyo aquellas sentencias que se sirven de la igualdad como finalidad legítima o propósito perseguible, justificando la racionalidad de la ley objeto de control de constitucionalidad, sin implicar trato jurídico diferente o afectación a la igualdad. Esto sucede en una minoría de casos que no se ajustan al objeto de investigación, pero que, constituyen un elemento coadyuvante más en el estudio de la transformación de la igualdad.

De igual forma también he analizado un número considerable de recursos de amparo que se pronunciaban sobre la posible conculcación del art. 14 CE. En lo que respecta al análisis de esta jurisprudencia complementaria, el núcleo más

significativo se encuentra entre 1981 y 1988, pues es el tramo temporal en el que se genera una primera jurisprudencia en el ámbito del control concreto de la igualdad, que es reiterativamente citada en las sentencias recaídas en los procesos de control de constitucionalidad del principio. Estos recursos también vienen a engrosar la evidencia empírica de la investigación. La pertinencia de analizar estos recursos se justifica en el hecho de que muchas de las novedades aplicativas de la igualdad se introdujeron por la vía del control concreto de la igualdad y luego fueron incorporadas y asimiladas por el TC en su función de control abstracto. En total, entre el 26 de enero de 1980 y el 31 de diciembre de 2019, el TC ha dictado 6475 recursos de amparo, de los cuales 2158 (o, lo que es lo mismo, una tercera parte, el 33,33%) involucran la igualdad, es decir, que de alguna forma la tratan o referencian en su fundamentación jurídica. De esos 2158 recursos de amparo, 448 fueron dictados en la primera década (hasta el 31 de diciembre de 1990); 656 en la segunda (del 1 de enero de 1991 hasta el 31 de diciembre de 2000); 597 entre el 1 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2010; y, en el último período, comprendido del 1 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2019, un total de 357. Se han excluido los recursos de amparo electoral por no aportar nada significativo a la investigación.

Para el cómputo de las sentencias me he servido de la base de datos del TC y del Boletín Oficial del Estado (BOE), sin tomar en consideración las estadísticas publicadas por el propio TC, ni la descripción analítica y síntesis descriptiva de su base de datos, pues la metodología de la clasificación, las etiquetas descriptivas y la periodificación utilizadas en las comparativas estadísticas del TC no se ajustaban a los objetivos de la investigación doctoral.

Para el estudio de las sentencias descarté el uso de programas informáticos de tratamiento cualitativo de datos. En primer lugar, porque el tiempo necesario para configurar adecuadamente este tipo de software en vez de agilizar, ralentizaba el trabajo de investigación. Y, en segundo lugar, porque las aplicaciones informáticas eran incapaces de detectar la sutilidad y la agudeza de los argumentos jurídicos del TC; no digamos ya de salvar la primera etapa de actividad del TC, donde se entremezclan distintos componentes y elementos de juicio sin un criterio unitario y donde se experimenta con técnicas del derecho comparado, utilizando expresiones multívocas. Con este escenario, opté por una lectura y análisis individual y pormenorizado de cada una de las 289 sentencias que resolvían sobre la constitucionalidad de algún tratamiento jurídico diferente.

La sistematización de la jurisprudencia que se recoge en la tesis y en la cual se apoyan las gráficas y tablas que ilustran su contenido, la realicé por años y décadas, catalogadas básicamente en torno a dos criterios, uno general y otro específico. El criterio general las distinguía según aplicasen el principio de proporcionalidad de forma más o menos rigurosa haciendo constar esta circunstancia. El criterio específico identificaba en cada sentencia los componentes de juicio concretos que el TC aplica, la definición y contenido que da a estos componentes

y la pauta aplicativa que siguen, tanto de forma individual como en relación con otros componentes de juicio.

En este punto conviene precisar que "componentes de juicio" es la expresión que acuñé para aludir con carácter general a cada una de las estructuras de aplicación de argumentos individualmente consideradas que emplea el TC. Así, la racionalidad, razonabilidad, necesidad, ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, acomodamiento, justificación objetiva y razonable y cualesquiera otras fórmulas que haya podido descubrir en la investigación, son componentes de juico que el TC combina configurando un modelo estructurado y aplicativo, al que dotar de argumentos para resolver si se ha conculcado el principio de igualdad. Para identificar estos componentes de juicio partí de una definición previa de cada uno de ellos conforme a la doctrina mayoritaria, apuntando en el proceso analítico las divergencias del TC en la significación y contenido que otorga a cada uno de estos componentes, así como la evolución o cambio de criterio en el contenido y aplicación que hace de ellos.

El hecho de haber precisado apriorísticamente la definición doctrinal de los componentes de juicio no significa que se haya dado por sentado el contenido de éste en la práctica del TC. Se trata sólo de un punto de referencia que obedece a razones metodológicas de sistematización de la información, que en modo alguno condiciona los resultados del análisis cualitativo de las sentencias. Es sólo un glosario que sirve de guía, ya que me permite identificar los conceptos clave para entender y deconstruir la estructura argumentativa del TC y la posible evolución del paradigma de constitucionalidad referente a la igualdad.

Como ya he señalado, lo que pretendía con este trabajo era identificar la existencia de un "modelo jurisprudencial aplicativo", entendiendo por tal el conjunto de prácticas estructuradas, ordenadas y reproducidas como arquetipo en resoluciones posteriores; así como, determinar la influencia de ese modelo aplicativo en el contenido material de la igualdad. Para ello, era necesario dejar al margen las ideas preconcebidas. Por tanto, mi análisis parte de la práctica del TC a partir de modelos jurisprudenciales identificados en su casuística, no de principios de actuación preestablecidos doctrinalmente.

El orden de análisis de la jurisprudencia fue cronológico, estableciendo como hitos comparativos períodos de diez años. Estudiar las sentencias de forma cronológica me permitió aplicar un enfoque evolutivo y global de los cambios que se han ido produciendo en el modelo aplicativo del juicio de igualdad y en la concepción de esta. No obstante, no fue este el orden de exposición de los resultados en el texto de la tesis. Para ello, apliqué un enfoque problemático, y estructuré la información en base al modelo del juicio de igualdad y sus componentes, distinguiendo entre lo que identifiqué como el juicio de la cláusula general de igualdad, el juicio de la prohibición de discriminación y las especificidades que presenta el juicio de igualdad en parcelas concretas de igualdad que regula el texto constitucional.

En definitiva, seguí una metodología multimodal que combinaba el método empírico (cuantitativo y cualitativo), con el teórico (analítico y jurídico-hermenéutico). La metodología empírico-cuantitativa viene dada por la cuantificación y sistematización de las sentencias conforme a los criterios de ordenación previamente establecidos; y, por la comparación del contenido de las resoluciones en base a los elementos de relación fijados también con antelación. La metodología empírico-cualitativa de la investigación se basa en el hecho de que la investigación se dirige a caracterizar el objeto de estudio de modo que pueda ser interpretado por la doctrina, por los agentes jurídicos y por los juristas prácticos, con el objetivo final de caracterizar las sentencias cuantificadas y sistematizadas para responder a las dos preguntas de partida (cuál es el modelo aplicativo de la igualdad y cuál es la concepción de la igualdad que aplica el TC). En segundo lugar, la metodología que empleé es teórica, ya que para realizar la investigación cualitativa combiné dos métodos: 1) un método teórico de investigación como es el analítico, en cuanto a que descompuse las sentencias objeto de estudio en elementos más sencillos (actuaciones específicas del TC al aplicar la igualdad) y estos elementos sencillos los recompuse posteriormente en un proceso de síntesis para determinar los modelos aplicativos del juicio de igualdad; y, 2) un método de investigación teórica de carácter jurídico-hermenéutico, con el que pretendía hacer inteligible la concepción de la igualdad que está detrás de los juicios de constitucionalidad del TC y cómo esta concepción se ha podido ir transformando a la vez que el modelo aplicativo de la igualdad.

En cuanto a la estructura de la tesis, opté por dividirla en tres grandes bloques, a los que habría que sumar el planteamiento del problema, la metodología y las conclusiones. El primero de los bloques, titulado "Consideraciones previas para el establecimiento de un modelo de aplicación de la igualdad en los procesos de control de la constitucionalidad" engloba los dos primeros capítulos, dedicados a definir las categorías de análisis de la investigación y la periodificación histórica de la actuación del TC y a realizar una aproximación al modelo aplicativo del juicio de igualdad (Capítulo Primero), que sirviera de guía y facilitara la comprensión del resto de componentes de juicio. En el Capítulo Segundo analicé la aplicación de la igualdad en los primeros años de actividad del TC, haciendo referencia a los aportes de los recursos de amparo, a las influencias externas y a las principales líneas de evolución del juicio de igualdad. Al bloque segundo lo titulé "El modelo aplicativo de la igualdad en los procesos de control de la constitucionalidad por el TC: el juicio de igualdad". En esta parte desgrano cada uno de los componentes del juicio que identifiqué en la investigación, estableciendo su definición, evolución, elementos que los conforman y funcionamiento dentro del juicio de igualdad. Cada uno de estos componentes da título a un capítulo dentro de este segundo bloque, así: Capítulo Tercero, titulado "La comparabilidad de las posiciones jurídicas"; Capítulo Cuarto, dedicado a "La finalidad legítima"; Capítulo Quinto, sobre "La justificación objetiva y razonable de la diferencia"; y, por último, el Capítulo Sexto, bajo la rúbrica de "La proporcionalidad de la diferencia". Finalmente, en el bloque tercero "Especificaciones del juicio de igualdad" presento en dos capítulos: primero, "El modelo aplicativo de la igualdad cuando afecta a las

categorías sospechosas del art. 14 CE", es decir, establezco las particularidades del juicio de igualdad cuando el ámbito material de la igualdad es una diferencia por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, edad, parentesco o discapacidad (Capítulo Séptimo); y, segundo, en el Capítulo Octavo y último dedicado a las "Modalidades específicas del juicio de igualdad", abordo los casos en los que el juicio de igualdad involucra además de al art. 14 CE, a algunas manifestaciones concretas de igualdad recogidas en el texto de la Constitución, como es la igualdad en el territorio, la igualdad tributaria, la igualdad en el acceso a los cargos a públicos o la igualdad procesal, entre otras especificidades.

A continuación, resumiré de forma muy sintética los principales resultados de la tesis en relación con el modelo aplicativo del juicio de igualdad, para terminar, esbozando unas conclusiones sobre los cambios que ese modelo ha supuesto en la concepción de la igualdad.

III. EL JUICIO DE IGUALDAD CUANDO SE APLICA LA CLÁUSULA GENERAL DE IGUALDAD DEL ART. 14 DE LA CONSTITUCIÓN

La primera jurisprudencia del TC no utiliza un modelo aplicativo definido. Las sentencias de la primera década y de comienzos de la segunda utilizan distintas técnicas interpretativas y aplican diferentes estructuras argumentativas para dar respuesta a los cuestionamientos de constitucionalidad que se le plantean. En estos primeros años la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad se caracteriza: 1) por la confusión terminológica (equipara "igualdad" y "diferencia", utiliza indistintamente las expresiones "racionalidad", "razonable", "justificación objetiva y razonable", "razonabilidad" y "proporcionalidad"); 2) por la utilización indiscriminada de la igualdad como valor, principio o derecho; y 3) por el tanteo de técnicas interpretativas del derecho comparado, experimentando y hasta extrapolando las cualidades de la razonabilidad o las exigencias de justificación objetiva para conformarlas a nuestro ordenamiento jurídico y a nuestras prioridades de política social. Las líneas generales de aplicación de la igualdad por el TC han sido complejas, difusas y difíciles de entrever entre las divagaciones y tanteos del Tribunal; sin embargo, las acciones del TC poco a poco se han ido desmarcando en una pauta de actuación que muestra un determinado modelo aplicativo del juicio de igualdad.

Los cambios en la doctrina del TC han sido paulatinos y progresivos. Las variaciones, a veces sutiles (confirmadas por el trascurso del tiempo) y otras veces evidentes, se han ido produciendo a través de líneas evolutivas versátiles a la complejidad y singularidad de la casuística. Poco a poco se ha ido dibujando un "procedimiento" más o menos ordenado de actuación. Esto es, un modelo que surge a partir de una combinación de una serie de componentes estructurados en una determinada secuenciación. Esta secuencia presenta variedades aplicativas en función de las manifestaciones concretas de igualdad que entren en juego y en función del criterio de diferenciación que utilice el legislador.

El primer gran hallazgo de la investigación fue descubrir que el modelo aplicativo de la igualdad como canon de control de constitucionalidad de las normas se ha emancipado del examen ordinario de la constitucionalidad en base al contenido esencial de los derechos. Las técnicas incorporadas del derecho comparado: la racionalidad, la razonabilidad, la proporcionalidad y la relevancia jurídica, así como el acomodo o concordancia de los derechos, se han depurado por el TC y ajustado a las exigencias y singularidades de la revisión constitucional de la igualdad. La proporcionalidad como técnica estructurada de resolución de conflictos entre derechos fundamentales y de límite a la injerencia en la actuación de los poderes públicos ha cobrado una individualidad propia cuando el bien constitucionalmente sacrificado es la igualdad formal o, el principio democrático que fundamenta la acción del legislador, en aras del logro de una igualdad material en el disfrute de derechos, libertades y oportunidades. En el examen de la casuística he detectado que existen particularidades a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad en relación con la igualdad como medida de constitucionalidad que sostienen la tesis de que existe un juicio de igualdad propio que supera a la estructura dogmática del principio alemán de la proporcionalidad, siendo de gran efectividad en el examen del tratamiento jurídico diferenciado que realiza el TC. Entre estas particularidades destaca el empleo de la razonabilidad y de la ponderación que, en cuanto a elementos clave del examen de constitucionalidad, juegan papeles diferentes y presentan alcances y significados distintos en la implementación del método de control constitucional de la igualdad respecto al principio de proporcionalidad en general.

Las evidencias empíricas demuestran que el modelo aplicativo se utiliza de forma coherente desde mediados de los noventa. El hito temporal que marca la estandarización del juicio de igualdad es la STC 200/2001 de 4 de octubre (cuestión interna de inconstitucionalidad 2992/1999). Por estandarización me refiero al proceso en virtud del cual el TC ajusta la aplicación de la igualdad como parámetro de constitucionalidad a un modelo o tipo común, dotando al juicio constitucional de la igualdad de autonomía propia respecto a otros preceptos constitucionales que también operan como límite a las normas dentro del bloque de la constitucionalidad y respecto de otras técnicas metodológicas que con carácter general aplica el TC para controlar la legitimidad constitucional de las leyes. Esta técnica autónoma y estandarizada sólo opera con carácter exclusivo en aquellos casos en los que se enjuicia el respeto constitucional de una clasificación jurídica que pudiera ser contraria a la igualdad en cualquiera de sus manifestaciones.

Aunque haya establecido la STC 200/2001 como marca temporal, la estandarización no es fruto de una única resolución del TC, sino que es el producto de un largo proceso de transformación evolutiva, dinámica y versátil de los componentes del juicio, cuyo cambio se ha ido produciendo a través de la actividad continua del TC en los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad y que, probablemente, todavía no haya terminado. La transformación se puede sintetizar en la acotación del significado material y de la concepción de los

componentes del juicio, unida a la formulación de los presupuestos fácticos de aplicación. Todo ello ha contribuido a normalizar una pauta de actuación, un modelo aplicativo, que denomino "juicio de igualdad", en el que se aplican de forma ordenada y sucesiva los componentes del juicio que se han ido configurando como idóneos para determinar la admisibilidad constitucional de las diferencias legislativas.

En lo que sigue resumiré brevemente las fases y los componentes del modelo aplicativo del juicio de igualdad que he identificado en el análisis empírico de la jurisprudencia del TC. Para ello y con el objetivo de ser los más breve y divulgativa posible, me serviré del parafraseo de algunos párrafos del apartado de conclusiones de mi tesis.

La estructura del juicio de igualdad del TC en el control de constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley se divide en tres partes. Una primera de carácter prejudicial y otras dos que componen el juicio propiamente dicho.

1. *Primera fase o fase prejudicial: El juicio de comparabilidad*

Esta fase es anterior al juicio en sentido estricto. Consiste en constatar la comparabilidad de las posiciones jurídicas contrapuestas. Se trata de una premisa ineludible y necesaria para iniciar el examen de la constitucionalidad de las normas conforme a la igualdad. Consiste en la realización de las siguientes acciones:

1) La comprobación de que la norma cuestionada introduzca directa o indirectamente una diferencia entre personas o grupos de personas.

2) La determinación del elemento diferenciador o parámetro de comparación, es decir, el criterio en base al cual el legislador establece la diferencia.

3) La constatación de que las situaciones jurídicas objetivas que se comparan sean homogéneas o equiparables. La idoneidad del término de comparación se determina discrecionalmente por el TC teniendo en cuenta la regulación preexistente y la naturaleza de las posiciones jurídicas que se comparan, así como el contexto normativo y la realidad social del momento en que las normas han de ser aplicadas.

Una vez constatada la existencia de una relación de comparabilidad entre dos posiciones jurídicas, comienza el juicio de igualdad en sentido estricto por parte del TC. El juicio de igualdad del TC se estructura en dos pasos sucesivos que aparecen referenciados en la práctica totalidad las resoluciones del TC sobre tratamiento jurídico diferente: la justificación objetiva y razonable de la diferencia y la aplicación de la proporcionalidad en sede constitucional.

2. Segunda fase: La justificación objetiva y razonable de la diferencia

Estamos ante uno de los componentes del juicio que más ha evolucionado a lo largo del tiempo, pues se ha utilizado durante muchos años como una categoría abierta que ha admitido diverso contenido, como puede constatarse en las evidencias recogidas en la tesis. El significado de este componente ha sido de los más difíciles de acotar; sin embargo, he podido demostrar que, a partir de la estandarización del juicio, esta fase consiste en determinar que el elemento de diferenciación sea objetivo, relevante desde una perspectiva jurídica y razonable. ¿Qué significan estas exigencias?

1) La objetividad implica la existencia de una causa justificativa neutra o imparcial al margen de las apreciaciones subjetivas de las partes involucradas en el proceso.

2) La relevancia se concreta en la trascendencia de las consecuencias que desde una perspectiva jurídica tiene la aplicación del elemento diferenciador.

3) La exigencia de razonable se reconduce a la realización del control de razonabilidad, es decir, a determinar la adecuación, idoneidad o congruencia entre la medida diferenciadora y la finalidad para la cual ésta se estableció. Por tanto, este paso incluye también la determinación de la finalidad legítima (racionalidad) pretendida por el legislador e identificada de forma explícita o implícita con un bien constitucionalmente protegido. Esto último, es decir, la necesaria identificación de la finalidad con un bien constitucionalmente protegido como basamento de la racionalidad es otro de los grandes hallazgos de mi investigación, que queda perfectamente evidenciado en los anexos de la tesis doctoral. El examen de racionalidad de la medida diferenciadora incluye por tanto dos actividades sucesivas: a) la determinación de la finalidad perseguida por el legislador con la medida; y, b) la determinación del fundamento constitucional en que se apoya el objetivo de la diferenciación.

3. Tercera fase: El juicio de proporcionalidad en sede constitucional

La siguiente fase del modelo aplicativo del juicio de igualdad es el juicio de proporcionalidad en sede constitucional, que coincide sustancialmente, aunque no exactamente con el principio de proporcionalidad enunciado por la jurisprudencia y dogmática alemana. La razonabilidad de la fase de justificación de la diferencia se solapa y superpone con la razonabilidad del examen de proporcionalidad, entendido éste en el sentido amplio de su formulación dogmática. Por tanto, la razonabilidad sería un componente concurrente entre la primera fase de justificación objetiva de la diferencia y la segunda fase de la proporcionalidad en sede constitucional entendida en sentido amplio. Dejando al margen la razonabilidad y centrándonos en la proporcionalidad en sentido estricto, el elemento central a nivel aplicativo de esta fase se concreta, básicamente en comprobar la proporcionalidad de los efectos que acarrea la diferencia (las consecuencias

jurídicas de la diferencia no deben ser desmedidas, provocando resultados excesivamente gravosos que generen mayores perjuicios que beneficios); y, también, en llevar a cabo la ponderación de bienes constitucionalmente protegidos en los supuestos en los que tales efectos conllevan el sacrificio de uno de ellos, hecho que se produce cuando entra en juego otro derecho fundamental. Por tanto, la incorporación que hace el TC de la proporcionalidad en el juicio de igualdad goza de su propia esencia, al presentar singularidades propias que difieren de su formulación doctrinal. Estas singularidades se concretan en las siguientes tesis demostradas en la investigación:

1) El componente principal es la verificación del impacto jurídico que provoca la diferencia, no la ponderación de bienes constitucionales en sí misma, lo que significa que la fase de necesidad y la fase de proporcionalidad en sentido estricto, se suceden sin solución de continuidad, superponiéndose.

2) La ponderación no siempre se aplica de una forma evidente y explícita; sino sólo si otro bien constitucionalmente protegido y amparado en un derecho fundamental se confronta con la dimensión real de la igualdad que introduce una diferencia (casos conflictivos).

3) En el resto de los casos, lo que se aprecia es el examen sobre la proporcionalidad de las consecuencias jurídicas de la diferencia y su grado de admisibilidad; sin embargo, a pesar de que esto es lo que parece a primera vista, lo que subyace es un juicio de ponderación entre la igualdad y el principio democrático, que es el que legitima la acción del legislador que introduce las diferencias.

IV. EL JUICIO DE IGUALDAD CUANDO SE APLICA LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DEL ART. 14 DE LA CONSTITUCIÓN

Diferenciar por cualesquiera de las causas establecidas en el art. 14 CE estaba absolutamente prohibido en la jurisprudencia del TC hasta la STC 128/1987 de 16 de julio (recurso de amparo 1123/1985), que admite por primera vez la diferenciación legítima por razón de sexo, suponiendo un cambio jurisprudencial muy significativo en las resoluciones posteriores tanto en lo que respecta a los recursos de amparo como en lo que respecta al control de constitucionalidad de las normas, que reproducen en mayor o menor medida la fundamentación de esta sentencia. A partir de entonces, la prohibición de discriminación por alguna de las razones establecidas en el art. 14 CE se convierte en una discriminación relativa, que admite la posibilidad de diferenciar por estos motivos siempre que se pueda romper la presunción de inconstitucionalidad de la que se parte en este tipo de clasificaciones legislativas.

El modelo aplicativo en estos casos parte de una presunción de ilegitimidad constitucional que invierte y refuerza la carga probatoria del proceso y que limita las posibilidades de diferenciación a una concreta finalidad legítima: la parificación

en derechos del colectivo discriminado respecto a la posición jurídica enfrentada (art. 9.2 CE). Las notas que definen el modelo aplicativo respecto a la estructura aplicada en la cláusula general de la igualdad inciden de este modo, y según se puede constar en las tablas analíticas de los anexos de la tesis, tanto en el mayor rigor de la justificación objetiva de la diferencia, acotando la razonabilidad en base a un fin específico, como en el examen de la proporcionalidad, que se vuelve mucho más estricto.

En la fase inicial del juicio, el TC comprueba si la norma cuestionada o recurrida introduce una diferencia directa o indirecta, fija el elemento diferenciador en alguna de las categorías subsumibles en el segundo inciso del art. 14 CE y constata que, efectivamente, existen dos posiciones jurídicas comparables: el colectivo posiblemente discriminado y el resto de la sociedad. De la propia naturaleza de la casuística se deduce que la relación de comparabilidad se construye por contraposición entre el colectivo o grupo perjudicado respecto al resto de la sociedad o al conjunto de personas no pertenecientes al colectivo.

En la fase de la justificación objetiva y razonable de la diferencia, se parte de la presunción de "irrazonabilidad" de la medida, considerando que, en principio, no existe motivo ni razón que justifique diferenciar por estas causas. Compete a la parte defensora de la constitucionalidad demostrar que existe un fin legítimo y que la medida diferenciadora es adecuada al logro de ese fin legítimo. El fin legítimo no puede ser cualquiera, sino que necesariamente debe ser la equiparación, parificación, compensación o igualación del colectivo discriminado respecto el resto de la sociedad. Esto es, el fin perseguido con la diferencia debe ser necesariamente el mandato de promoción de la igualdad a los poderes públicos del art. 9.2 CE. Sólo si el fin de la diferencia es el logro de la igualdad material o real se podrá justificar la razonabilidad de la diferencia de forma excepcional.

En la fase de proporcionalidad, se realiza un examen muy estricto sobre los efectos que provoca la diferencia. Este examen da por hecho que se ha conculcado el art. 14 CE y se centra en analizar las consecuencias jurídicas que provoca la clasificación normativa discriminatoria. Si la medida es adecuada para conseguir la parificación, el examen de proporcionalidad va a arrojar un resultado positivo, siempre que:

1) No existan otras medidas alternativas menos gravosas en los términos apuntados en el juicio general de igualdad. Y,

2) No se sacrifiquen de forma excluyente otros bienes constitucionales protegidos. Es decir, no se produzca una restricción absoluta de un derecho subjetivo para un colectivo de personas.

En el texto de la tesis puede encontrarse una tabla sinóptica con la sistematización de la jurisprudencia específica del TC en este tipo de discriminaciones en función de las categorías de análisis aplicadas y tomando en consideración otros

factores transformadores de la concepción de la igualdad. Factores como, por ejemplo, la introducción del concepto de discriminación indirecta, por asociación o múltiple; y, la admisibilidad de las acciones positivas y su distinción con las discriminaciones positivas (también admitidas estas últimas, a diferencia de las acciones protectoras o paternalistas).

V. EL JUICIO DE IGUALDAD CUANDO SE APLICAN OTRAS MANIFESTACIONES CONCRETAS DE IGUALDAD RECOGIDAS EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

La igualdad tiene un carácter relacional, ya que siempre opera en relación con otro derecho o libertad. Ese carácter relacional en conjunción con su función de límite al poder legislativo cuando funciona como parámetro de control de la constitucionalidad, modulando las interferencias del legislador en la Constitución, hace que existan especificaciones concretas de la igualdad en determinados ámbitos materiales que, en algunos casos cuentan con una concreta protección en el articulado de la Constitución. Algunos de estos ámbitos materiales en los que tiene especial incidencia el juicio de igualdad son: la igualdad tributaria (art. 31.1 CE), la igualdad en el acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE), la igualdad en la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), la igualdad territorial (arts. 138, 139 y 149.1.1ª CE), la igualdad en conjunción con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y la igualdad en relación con el control de las leyes singulares (arts. 9.3 y 24 CE).

En la práctica totalidad de los casos en los que se recurre la constitucionalidad de una de estas manifestaciones concretas de igualdad se alega la posible violación del art. 14 CE en relación con el precepto de la Constitución que la especifica. Durante el tramo temporal de los ochenta, lo frecuente en este tipo de jurisprudencia era aplicar el control de la constitucionalidad en base al contenido del precepto constitucional que recogía la manifestación específica de la igualdad, desmarcado por el TC de forma independiente del "juicio de igualdad" o de los componentes del juicio que de una u otra forma aplicaba en ese período. El TC resolvía las dudas de constitucionalidad que se le planteaban utilizando otras técnicas de juicio a partir del propio contenido constitucional de los preceptos. Esta pauta cambia en la década de los noventa.

En el año 1993 detecto que los componentes del juicio de igualdad se empiezan a aplicar a los casos de tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) y a los casos relativos al ejercicio de las condiciones básicas del Estado en las competencias exclusivas de éste (arts. 139.1 y 149.1.1ª CE). A partir de la entrada del nuevo milenio, constato que el fenómeno avanza y que progresivamente el juicio de igualdad se extiende a otros ámbitos materiales de la igualad: derecho transitorio, igualdad en la unidad de mercado, interdicción de la arbitrariedad y constitucionalidad de las leyes singulares; a la vez que se sigue aplicando en otros ámbitos donde, de una u otra forma, siempre se ha utilizado, como es la igualdad tributaria o la

igualdad en el acceso a los cargos públicos. La expansión del juicio de igualdad ha sido paulatina y paralela a la estandarización del modelo. Con la evidencia empírica de la investigación puedo afirmar que el modelo aplicativo se utiliza no sólo cuando se parte del art. 14 CE como parámetro de control, sino también en aquellos casos en los que se enjuicia el respeto constitucional a una modalidad específica y concreta de igualdad.

El examen de constitucionalidad que parte de estas modalidades específicas de igualdad como canon de control ha evolucionado, sumando en algunos casos ciertas singularidades a la estructura del juicio de la cláusula general de igualdad. Aunque la mayoría de los ámbitos materiales citados presentan particularidades, la casuística que ha tenido un desarrollo más diferenciado ha sido la relativa a la igualdad territorial y a la igualdad en el control de las leyes singulares.

A continuación, ofreceré una pequeña síntesis de las particularidades del modelo aplicativo en estos casos.

1. La igualdad territorial

La doctrina de los años ochenta establecía claramente que la igualdad no se podía equiparar a la uniformidad en el territorio, y que eran admisibles desde un punto de vista constitucional las divergencias territoriales en el respeto a las condiciones básicas de igualdad. Así las cosas, no se aplicaba el juicio de igualdad ni ninguno de sus componentes. En el año 1991 comienza a utilizar el juicio de igualdad y quiebra la presunción de no creación de estatus jurídicos diferentes entre las personas según el territorio, siempre que se respetara el orden competencial. A partir de entonces, el modelo aplicativo del TC en el uso de los art. 139.1 y 2 y 149.1.1ª CE como parámetro de control de constitucionalidad de la normación autonómica, sigue la siguiente pauta:

a) Constatación del respeto al orden constitucional en el desarrollo de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma.

b) Comprobación de la existencia de un tratamiento jurídico diferente concretado en la concurrencia de dos situaciones jurídicas contrapuestas equiparables y comparables.

c) Realización del examen de igualdad: racionalidad de la norma, razonabilidad y proporcionalidad, presentando mayor o menor incidencia cada uno de los componentes del juicio según la especificidad del caso concreto.

En el ámbito de la igualdad territorial se produce además otro fenómeno interesante a partir del año 2017. A partir de esta fecha constato que el modelo aplicativo del juicio de igualdad comienza a utilizarse también en el control de la constitucionalidad que aplica como canon el art. 139.2 CE, relativo a libertad de circulación de personas y bienes en el territorio español, normalmente en

relación con la libertad de empresa del art. 38 CE. Esta casuística relativa a la unidad del mercado y conectada con la igualdad territorial, se caracteriza por una aplicación del juicio de igualdad muy formal y reforzada por los elementos de juicio de la proporcionalidad. El modelo se sigue en todos aquellos casos en los que estamos ante problemas competenciales de constitucionalidad mediata, de donde se deriva una lesión al ejercicio de alguna actividad que afecta a la unidad de mercado en condiciones de igualdad, aplicándose en este caso como canon el art. 139.2 CE. La aplicación es tan reforzada que, incluso se menciona y se aplica el elemento de juicio "necesidad" desmarcado de la proporcionalidad en sentido estricto, lo cual no es muy habitual en el modelo aplicativo general de la igualdad. En resumen, el art. 139.2 CE en relación con el art. 38 CE como canon de control de la constitucionalidad de las normas que desarrollan las competencias autonómicas, implementa el juicio de igualdad para garantizar la unidad de mercado y evitar las diferencias jurídicas no justificadas en el territorio en lo tocante a la circulación de bienes y servicios, respetando la distribución competencial y las condiciones básicas de igualdad y reforzando el juicio para garantizar la motivación de las decisiones de constitucionalidad.

2. Las leyes singulares

La aplicación del juicio de igualdad en el control de constitucionalidad de las leyes singulares aparece por primera vez en el 2005 y se intensifica en la última década. En este ámbito es preciso distinguir entre las leyes singulares autoaplicativas (que son aquellas que se ejecutan por sí mismas sin necesidad de acción administrativa de ejecución) y las no autoaplicativas (las que no necesitan acto administrativo de ejecución para producir sus efectos).

a) En las autoaplicativas el juicio se concreta en tres requisitos limitativos. El primero de ellos es la objetivad de la singularidad de la ley, justificada en un contexto de excepcionalidad; el segundo límite es el principio de igualdad, donde el juicio de igualdad opera como el instrumento de justificación de la singularidad de la ley, o, en otras palabras, como la justificación del trato distinto para un supuesto no general o para unos destinatarios concretos; y, el tercer límite es el respeto al marco constitucional establecido conforme al derecho de acceso a la justicia y a los recursos del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, donde se produce la ponderación de los bienes constitucionales en juego.

b) En las leyes singulares no autoaplicativas, el orden del primer y segundo límite se invierte. El juicio de igualdad se efectúa con todo el rigor como el primero de los límites que se exige para la superación del examen de constitucionalidad. La determinación de la objetividad de la situación singular y de su carácter extraordinario queda subsumida en el análisis de la racionalidad de la medida, es decir, en la fijación de la finalidad legítima que se persigue con la introducción legislativa de la excepción, dentro del juicio de igualdad. Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto se aplica en relación con el respeto del marco constitucional establecido conforme al derecho de acceso a la justicia. El canon de igualdad de

las leyes no autoaplicativas se utiliza con independencia de que se alegue la conculcación del art. 14 CE o de alguna de sus manifestaciones específicas. Esto se explica porque la igualdad es consustancial a la admisibilidad del trato singular que dispensa la ley de caso o destinatario único.

Por tanto, la igualdad funciona como parámetro central de las leyes singulares no autoaplicativas y coadyuvante en las autoaplicativas, donde el examen de la constitucionalidad se orquesta a partir de la tutela judicial efectiva. El examen de igualdad se dirige a justificar la excepcionalidad normativa; el de la tutela judicial efectiva, a garantizar el acceso a los recursos judiciales y la ejecución de sentencias.

3. *La interdicción de la arbitrariedad*

Al igual que en el modelo de la cláusula general de igualdad, el primer paso es determinar la finalidad legítima, la cual suele ser siempre un objetivo de política económica y fiscal. En segundo lugar, se constata que no haya una discriminación en la norma que se examina. Para ello se aplica el juicio de igualdad, evaluando la adecuación de esta norma al fin legítimo y los efectos que puede producir en otros bienes constitucionales. Si se violaran otros bienes estaríamos ante una arbitrariedad por discriminación; en el caso contrario, la norma estaría justificada y no sería arbitraria ni discriminatoria.

El juicio del art. 9.3 CE, a diferencia del juicio del art. 14 CE, no incluye el componente de juicio de la necesidad de la norma ni su carácter imprescindible y no aplica la proporcionalidad en sentido estricto, salvo que tenga que resolver sobre la lesión de otros bienes constitucionales como consecuencia de la acción presuntamente arbitraria. En la mayoría de los casos el juicio queda resuelto con la constatación de la racionalidad intrínseca de la norma, que avala la presunción de constitucionalidad sobre las actuaciones discrecionales de los poderes públicos.

4. *La igualdad de las normas que introducen diferencias en el proceso*

En esta casuística se incorpora el juicio de igualdad a partir del año 1992. La dinámica consiste en desplazar el examen de la posible lesión de la tutela judicial efectiva a la fase final del juicio de igualdad, es decir, a la fase de proporcionalidad en sentido estricto, donde se pondera la lesión de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en relación con la diferencia normativa introducida por el legislador.

5. *La igualdad en el acceso a los cargos públicos*

En estos supuestos el juicio de igualdad se ha aplicado desde sus orígenes. Al igual que en el caso anterior la posible lesión del núcleo esencial del art. 23.2 CE se traslada a la fase final de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, considerándose vulnerado el art. 23.2 CE si se afecta de forma absoluta alguno de los derechos que se consideran incorporados al núcleo duro del derecho.

VI. CONCLUSIONES

En esta breve síntesis de mi tesis doctoral he intentado hacer un recorrido por los principales hallazgos de la investigación siguiendo como hilo conductor el modelo aplicativo que he identificado del juicio de igualdad junto a sus principales variantes. En este cometido he respondido a la primera de las cuestiones que planteaba al inicio: cómo aplica el TC la igualdad en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes y si existe algún modelo de aplicación de la igualdad cuando opera como parámetro de control de la constitucionalidad. Efectivamente he descrito de manera sucinta como aplica la igualdad el TC en este tipo de procesos, identificando todos los componentes estructurales del juicio de igualdad y confirmando la existencia de un modelo aplicativo coherente y autónomo respecto al principio de proporcionalidad.

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas al inicio, relativa a cómo el modelo aplicativo de la igualdad ha podido influir en la concepción de la igualdad y cómo ha evolucionado esta concepción a lo largo del tiempo, puedo afirmar apoyándome en las evidencias de la tesis, que efectivamente se ha producido una influencia que ha provocado transformaciones en la forma de entender la igualdad contemporánea.

En primer lugar, he podido constatar que, a diferencia de lo que sostiene la doctrina tradicional, no existe una nítida separación entre al art. 14 CE como igualdad formal y el art. 9.2 CE como igualdad material. El TC ha integrado la concepción de la igualdad material (positivizada en el mandato de igualdad a los poderes públicos) en el art. 14 CE, de modo que este precepto comprende ambas dimensiones de la igualdad. Esto es tanto así que el art. 9.2 CE no opera como parámetro de constitucionalidad, sino que juega el papel de ser la finalidad legítima (o si se quiere el fundamento constitucional de la racionalidad) que justifica la diferencia y quiebra la igualdad formal en aras de lograr la igualdad material. El TC ha interpretado de forma amplia e inclusiva el art. 14 CE, admitiendo el tratamiento jurídico diferenciado y superando de este modo la concepción liberal de la igualdad y su dimensión formal, al integrar la concepción material del principio del art. 9.2 CE en el significado y en el alcance que otorga a la igualdad consagrada en el art. 14 CE.

En segundo lugar, el contenido del art. 14 CE ha quedado conformado por una doble cláusula: la cláusula general de igualdad, que admite el tratamiento jurídico diferente justificado y proporcionado, sobre el que existe una presunción de constitucionalidad; y, la prohibición de discriminación, que sólo admite el tratamiento justificado diferente de forma excepcional y sobre el que pesa una presunción de inconstitucionalidad.

En lo que respecta a la cláusula general de igualdad comprende la igualdad como derecho fundamental o derecho público subjetivo, oponible frente a los poderes públicos y como principio o garantía institucional que actúa como

límite a estos poderes. Esta cláusula admite el tratamiento igual, pero también el tratamiento legislativo diferente proporcionado y justificado en el logro de un fin legítimo constitucionalmente protegido. Este tratamiento jurídico justificado y proporcionado que forma parte de la igualdad es lo que he categorizado como "diferencia legítima". Que la igualdad se defina como igualdad y como diferencia legítima no significa que exista un derecho de las personas a la igualación de las regulaciones diferentes y un derecho a la diferenciación cuando la ley no distinga entre colectivos o grupos de personas. En esta cuestión el TC se ha mostrado tajante e inflexible en su negativa a admitir una fórmula de "derecho a la diferencia".

En cuanto a la última cláusula, la caracterización de la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social contemplada en el segundo inciso del art. 14 CE, ha sufrido un cambio profundo en su concepción, al mutar la prohibición absoluta a una prohibición relativa que parte de una presunción de inconstitucionalidad, poniendo de manifiesto que la admisibilidad de la diferenciación normativa por alguna de estas razones es una excepción a la norma general. Las excepciones admitidas en casuísticas concretas, particularmente en relación con la diferenciación por razón de sexo, que es la categoría más prolífica, también han contribuido a delimitar y definir en algún modo el contenido material de la igualdad.

En definitiva, el modelo aplicativo del juicio de igualdad es el que pauta la determinación del contenido material específico de la igualdad en el caso concreto.

La regionalización avanzada en Marruecos a la prueba de la autonomía local*

Mohamed Mezgheri

Doctor por la Universidad Pablo De Olavide de Sevilla

* La versión original de este texto en francés está disponible en la página 122

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Los límites de la regionalización avanzada en Marruecos.
III. El proyecto de autonomía del Sáhara a la luz del modelo regional español.
IV. Conclusión.

NOTA BIOGRÁFICA:

Mohamed Mezgheri es Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo De Olavide de Sevilla (2022), en una línea de investigación de Derecho Constitucional comparado. Especialista en el campo de la regionalización, particularmente en su aspecto constitucional. Titular de un máster en descentralización y gobernanza local en la Universidad Abdelmalek Essaadi de Tánger (2015). Licenciado en Derecho Público de la misma institución (2012). Profesor de instituto en el Ministerio de Educación Nacional de Marruecos desde 1996. Profesor de comunicación en un instituto privado de 2009 a 2013. Profesor interino en el Máster de Descentralización de la Facultad de Derecho de Tánger (2021). Su trabajo se centra en la noción de autonomía local en las diferentes formas de descentralización.

I. INTRODUCCIÓN

Huelga decir que la descentralización se ha convertido en una dimensión esencial de la política de reforma administrativa. No sólo como forma de organizar el territorio, sino también y sobre todo, como un aspecto importante de la democracia en vista de la libertad de acción que puede ofrecer a las poblaciones locales a través de sus representantes.

La idea de que el Estado de Derecho es un Estado que no lo hace todo parece reforzar la implicación de los entes locales y regionales en los asuntos públicos. Esta posición en la arquitectura decisoria del Estado puede adoptarse de varias maneras, a menudo muy diferentes. Entre una descentralización limitada y una regionalización muy avanzada, es la autonomía la que marca la diferencia. Es, al parecer, la característica esencial de la descentralización. El tándem autonomía-descentralización debe apreciarse en un discurso global que aborde la teoría general del Estado. Los dos componentes pueden incluso calificarse de características principales del Estado, porque cuando el orden político decide ofrecer libertades y atribuciones locales a las colectividades territoriales, consagra la descentralización con su corolario, la autonomía, en mayor o menor grado según las exigencias del momento. HAURIOU M., considera que la descentralización

«consiste en la creación de centros autónomos de administración pública». Según WALINE J., «la descentralización implica la independencia del agente descentralizado respecto del poder central».

Por lo tanto, cualquier estudio sobre la descentralización está implicado *a fortiori* por la dimensión de la autonomía, que no sólo es una de las características de esta organización administrativa, sino su barómetro más significativo.

Ergo, la evaluación que decidimos construir en torno a la regionalización avanzada en Marruecos no podía descuidar este elemento esencial de libertad expresado por la autonomía.

A través de una iniciativa real, Marruecos anunció en 2010 una importante reforma que afecta a su organización territorial, denominada "regionalización avanzada". Para cualquier investigador de la descentralización, el título del proyecto ya es evocador. Cuando hablamos de avance, ¿nos referimos a la sustancia material o formal de la regionalización? ¿Está mejor construida la organización territorial en comparación con las regionalizaciones anteriores en Marruecos, o de acuerdo con los modelos internacionales avanzados en este ámbito?

Como ya se ha mencionado, si existe un criterio que revele las proporciones que puede adoptar la regionalización en un Estado moderno, éste sería inequívocamente el de la autonomía. Indagar en esta parte integrante de la descentralización no es sino indagar en las verdaderas intenciones del orden descentralizador. Cuanto más se amplía la autonomía regional en términos de ejercicio de competencias, más se demuestra la voluntad de compartir poderes con la periferia, aunque la finalidad misma de toda organización se sitúe en un nivel aún más elevado, la del desarrollo. Porque, por muy extensa o avanzada que sea, si la gestión descentralizada no consigue el desarrollo local esperado, seriá objeto de cuestionamiento. Este es el caso de la regionalización avanzada en Marruecos. Diez años después del lanzamiento del proyecto, ha llegado el momento de hacer una evaluación. Al no haber observado ningún progreso económico ni social a nivel de las regiones, el problema que surge espontáneamente para abordar el tema es el siguiente: ¿por qué esta reforma no ha logrado instaurar un poder regional capaz de garantizar por sí mismo el desarrollo deseado?

Las dos hipótesis que destacan más que las demás son las inherentes al excesivo intervencionismo del Estado central en los asuntos regionales y al fracaso del cargo electo que se supone debe hacerse cargo de ellos. Entre los dos protagonistas de la regionalización marroquí surge una controversia de causalidad. ¿Está justificado el intervencionismo estatal por el malestar del agente descentralizado, o la deficiencia de este último se debe esencialmente al control constrictivo del Estado?

En un principio, el estudio de la gestión descentralizada en Marruecos nos llevó a tomar la primera hipótesis como postulado inicial, a confirmar o invalidar. Sin

embargo, la dimensión comparada de esta investigación ha barrido los dos componentes de este postulado: la pretensión de predominio del poder central en nombre de la unidad y la integridad territorial, y su intervención para corregir las deficiencias de la descentralización en nombre del interés general. El catalanismo ha demostrado que, en presencia de límites materiales a la autonomía en la Constitución, la cuestión de la integridad, ni la del fracaso de la gestión descentralizada, pueden servir de coartada al intervencionismo estatal. Por lo tanto, se puede establecer fácilmente que, en ausencia de control sobre los medios, es imposible juzgar objetivamente la actuación del poder regional. Esto lleva a la conclusión de que el intervencionismo estatal en Marruecos es la causa, o al menos una de las causas, del fracaso del avanzado proyecto de regionalización. Esto se observa tanto en los textos como en la práctica del control. La LOR (ley orgánica) 111/14 sobre las regiones, al establecer el visado del Ministerio del Interior, no respetó el espíritu de la Constitución de 2011, como tampoco lo hizo el Tribunal Constitucional, que la consideró conforme a la ley fundamental.

Sabemos que la crítica constructiva implica la aportación de soluciones alternativas. En este sentido, sin pretender copiar los modelos español e italiano comparados en nuestra tesis, por otra parte, alejados de la realidad marroquí, el proyecto del Sáhara constituye, en nuestra opinión, la referencia adecuada para una nueva regionalización asimétrica.

1.1. Contexto de la investigación

Al igual que los Estados contemporáneos, Marruecos está inmerso desde su independencia en una organización territorial que intenta seguir lo mejor posible las tendencias universales. Al no haberse convertido en colectividad territorial hasta 1992, la importancia concedida a la región como base territorial de la regionalización es aún relativamente reciente. A pesar de su tardía aparición, en comparación con las regiones europeas, las reformas llevadas a cabo recientemente por las autoridades marroquíes han convertido a esta institución en el motor de la marcha hacia el desarrollo local. Se trata de un reconocimiento significativo, por parte de un Estado profundamente unitario y ferozmente apegado a sus constantes nacionales, del paralelismo que debe considerarse para llevar a cabo las políticas públicas. Cabe señalar que los textos de las reformas han aportado una nueva nomenclatura que va en el sentido de reforzar el poder regional y su libertad de acción, sobre todo teniendo en cuenta la noción de "preeminencia"[1] anunciada por la constituyente de 2011.

1. El art. 143 de la Constitución marroquí de 2011 anuncia en su segundo párrafo que « *En la elaboración y el seguimiento de los programas de desarrollo regional y de los planes regionales de ordenación del territorio, la región garantizará (...) un papel preeminente en relación con las demás colectividades territoriales* ».

1.2. Interés del tema

El interés de este trabajo de investigación reside en el análisis jurídico que es capaz de formular para apreciar el alcance de las reformas adoptadas por Marruecos, bajo el nombre de "regionalización avanzada". Conscientes de la centralidad de la autonomía para la democracia local, hemos decidido hacer de este componente nuestro indicador permanente del valor democrático que la transición de 2011 pretende transmitir.

Dada la envergadura del proyecto de regionalización avanzada, el tema ha sido tratado a gran escala en los últimos diez años, pero el enfoque que proponemos sigue siendo minoritario en comparación con la vertiente administrativa que han retomado la mayoría de los estudios. El ángulo constitucional a través del cual abordamos el tema es, en nuestra opinión, el mejor adaptado para medir la transición democrática, sobre todo porque el enfoque constitucionalista que adoptamos nos permite ver en la Constitución cualquier fundamento democrático de los poderes.

Además de su naturaleza distinta, que combina el derecho administrativo como soporte y el derecho constitucional como base del enfoque constitucionalista, la importancia de esta investigación también puede derivarse de la continuidad académica que aporta. De hecho, es el relevo de un trabajo de máster titulado " la región entre autonomía y tutela ", y en el que establecimos una valoración de la situación autonómica de la región en Marruecos, frente a las injerencias estatales. Su propiedad puramente administrativa nos invitó a explorar otras dimensiones, intelectualmente más elaboradas, para sopesar el mismo tema con diferentes indicadores.

Asimismo, el momento en que se realizó este trabajo sigue siendo totalmente apropiado para una evaluación constructiva del resultado. Diez años después, creemos que el momento es suficientemente oportuno para examinar la contribución del poder regional a la cuestión fundamental del desarrollo. Si su autonomía se ha revelado efectiva, su papel debe tomarse al pie de la letra; de lo contrario, cualquier juicio de valor se imputaría a la lógica en ausencia de control de los medios.

Por otra parte, este trabajo también intenta aportar, en su último capítulo sobre el proyecto del Sáhara, legitimidad a la Iniciativa marroquí de negociación de un estatuto de autonomía para las regiones del sur. La legitimidad se entiende aquí en sus proporciones interna y externa. En el plano del derecho internacional, el valor añadido de una parte de este estudio defiende la compatibilidad del proyecto con el principio de autodeterminación y la filosofía pacifista de resolución de conflictos. A nivel interno, la autonomía política concedida a las regiones del sur se presenta como una referencia que puede transponerse asimétricamente a todo el territorio.

En suma, la interdisciplinariedad en la que se apoya este trabajo de investigación para trazar su análisis jurídico, le confiere una especial utilidad en la comprensión de una serie de temas que son parte integrante de la materia. Su dibujo es, por tanto, un panorama donde lo administrativo, lo político y lo constitucional se unen para explicar y argumentar el tratamiento jurídico.

1.3. *Dificultades encontradas*

Ningún trabajo académico está exento de dificultades durante su desarrollo. Nuestra investigación no fue una excepción a esta regla. El primer obstáculo, hay que reconocerlo, fue el ángulo a través del cual queríamos abordar el tema de esta tesis. De alguna manera, creamos nuestra propia dificultad intelectual. Un enfoque constitucional de un tema dominado por los administrativistas en Marruecos no fue una elección hecha con facilidad de pensamiento. La percepción constitucional del proyecto avanzado de regionalización, que no ha sido objeto de abundante literatura jurídica, nos ha dejado con una escasez de documentación. Una situación que se vio agravada por la contención mundial provocada por la pandemia del "COVID-19". Esta fuerza mayor dio a esta investigación otra dimensión más restrictiva y significativamente más difícil. Curiosamente, y desde Marruecos, la literatura extranjera era mucho más accesible en línea que la marroquí. No observamos demasiadas complicaciones a la hora de obtener los recursos necesarios para el estudio comparativo, especialmente en lo que respecta a la jurisprudencia constitucional y administrativa. Mientras que los tribunales administrativos marroquíes ponen sus decisiones a la venta, las sentencias del Tribunal Constitucional español y de la "Corte costituzionale" ltaliana están disponibles gratuitamente en Internet. Cabe señalar que el Tribunal Constitucional marroquí ofrece el mismo servicio en su sitio web, al igual que sus homólogos español e italiano.

Debido a la pandemia, muchas plataformas internacionales han permitido el libre acceso a sus contenidos. Las pocas estructuras marroquíes que han seguido esta tendencia, no han garantizado una diversidad de elección. Cabe destacar que la revista más reconocida en el ámbito jurídico marroquí "REMALD", no cuenta con una plataforma online a través de la cual podamos acceder a la documentación académica que ofrece, sobre todo porque los números, recientes o antiguos, no se producen a gran escala, especialmente en las ciudades del norte, como Tánger. Sin poder viajar por restricciones administrativas y de salud, la única fuente posible en 2019, 2020 y 2021 fue la web, y esta alternativa no fue sencilla.

A pesar de la exhaustiva recopilación previa a la obra, los cambios introducidos cada vez exigían nueva documentación. Esto repercutió notablemente en el tiempo necesario para completarlo.

En el mismo orden, las limitaciones de la pandemia también se extendieron hasta afectar a todas las actividades académicas. Los primeros meses, e incluso el primer año, se paralizaron por completo antes de que pudiéramos organizar

seminarios y debates por videoconferencia, lo que, en nuestro punto de vista, no sustituye a la calidad presencial. Nuestro programa de visitas de estudio a universidades marroquíes y extranjeras no tuvo éxito.

Desde el ángulo teórico, la formulación de una problemática a la altura de las ideas que pudimos desarrollar fue una tarea muy difícil. El cuestionamiento de la regionalización avanzada en Marruecos ocupa todas las páginas de los trabajos académicos que tratan el tema. Por ello, tuvimos que posicionarnos de forma diferente para aportar un valor añadido. No sólo el ángulo de ataque debía adecuarse al registro que elegimos integrar, sino que la cuestión de fondo también debía orientar la reflexión en el sentido de la novedad y la especificidad de nuestra elección inicial.

En este artículo, que resume el trabajo doctoral que hemos realizado sobre el tema, se arrojará luz, en primer lugar, sobre las carencias del proyecto avanzado de regionalización en Marruecos (1), antes de presentar las distintas facetas del modelo de autonomía español, que, junto con su homólogo italiano, ha servido para construir una referencia teórica en la que nos hemos basado, sin ánimo de copiarlo, para presentar el proyecto de autonomía para el Sáhara como una propuesta de reforma extensible al conjunto de Marruecos para suplir las imperfecciones de la regionalización (2).

II. LOS LÍMITES DE LA REGIONALIZACIÓN AVANZADA EN MARRUECOS

El marco constitucional y legislativo de la reforma territorial en Marruecos concede una importancia considerable a la cuestión de la descentralización y la regionalización avanzada como fundamentos de la nueva arquitectura organizativa del Estado. En cuanto a los textos, los avances son notables en comparación con la antigua normativa, pero a la luz de los datos políticos, culturales y sociales de Marruecos, el Estado central no estaría dispuesto a compartir sus competencias con la periferia. La autonomía, a imagen de otros modelos más avanzados, es una apuesta que no ha tenido cabida en la reforma, precisamente por la obsesión por el control (2-1) y la inadecuación de los medios asignados a este proyecto con los objetivos proclamados (2-2).

2.1. El control del Estado sobre la colectividad regional, una garantía de unidad, pero un obstáculo para la autonomía

No se puede afirmar que la renovación constitucional en Marruecos sea totalmente democrática, o al menos dentro de los estándares del constitucionalismo moderno. Es representativa de una ideología de control que intenta adaptar el texto legal a un contexto político bastante inestable y turbulento y, por lo tanto, no rehabilita la democracia local ni cumple las normas internacionales. Ante esta deficiencia democrática, las reformas no pueden evitar las observaciones críticas.

No hace falta recordar que el control del Estado sobre todas las instituciones en Marruecos es indiscutible. Hay varias razones para ello, pero no lo justifican. Como Estado unitario regido por un régimen monárquico, el poder central siempre tiene interés en mantener el control sobre la gestión de los asuntos estatales y subestatales para salvaguardar la continuidad del régimen político y la integridad territorial. En este esquema restrictivo de cualquier otra iniciativa, las instituciones periféricas no encuentran un lugar participativo en el paquete de reformas, e incluso cuando existe, sigue siendo secundario o incluso marginal, ya que constantemente se da prioridad al enfoque de seguridad.

Así, el contexto de la constitucionalización de la reforma regional estuvo dominado por una dimensión política excesivamente protectora de las constantes nacionales. En este marco específico de democratización, la regionalización no fue una expresión desarrollada de la democracia local, sino sólo una reforma administrativa de la descentralización que sigue ampliando el poder de las autoridades de control sin ninguna protección jurisdiccional real, ni constitucional ni administrativa. Introducir las constantes nacionales de Marruecos en el análisis de su democratización reviste una importancia capital. Respetarlas es tanto más necesario para limitar cualquier deriva impropia del marco político y democrático existente que para orientar las reformas.

Es cierto que la marcha hacia la democracia nunca debe perder de vista los datos históricos, culturales y políticos propios de cada país. Un modelo universal nunca es necesariamente transponible a todas las comunidades humanas. Por otra parte, los fundamentos de la democracia, tal como se establecieron desdesiglo de las luces, siguen siendo válidos para todos.

El artículo 1 de la Constitución marroquí establece que «*la Nación se basa en su vida colectiva en constantes federadoras, en este caso la religión musulmana moderada, la unidad nacional con múltiples afluentes, la monarquía constitucional y la opción democrática*». Estos son los fundamentos que conforman la identidad nacional marroquí y, al mismo tiempo, los límites que nunca se deben trascender. La lógica de nuestra investigación nos lleva a considerar la única constante de la unidad que nos parece la más influyente en el análisis del tema.

Sin profundizar en el tratamiento de la democracia, aunque forme parte del registro en el que se inscribe la autonomía como forma evolucionada del liberalismo, observamos que la idea de unidad prima siempre sobre la de autonomía (2-1-1), hasta tal punto que ha sesgado la lectura de la tutela (2-1-2).

2.1.1. Una idea de unidad más fuerte que la idea de autonomía

En Marruecos es difícil concebir un planteamiento de reforma que no tenga en cuenta los principios sagrados, constitucionalizados en el artículo 1 de la ley fundamental. Es evidente que la institución real insiste en construir la democracia sin romper con los fundamentos inmutables que representan la identidad de todo

marroquí, entre ellos el Islam, la unidad nacional y la monarquía. Esta obligación merece ser destacada en el sentido de que la necesidad de respetar las constantes nacionales abre la vía a interrogantes sobre la relación entre éstas y el proceso de democratización; en particular entre el principio de unidad, muy presente en todas las reformas que siguieron a la Constitución de 2011, y la democratización de las instituciones estatales y subestatales.

Como ya se ha mencionado, una de las prioridades en las que se basa la visión real y todas las reformas constitucionales, legislativas y reglamentarias es la cuestión de la unidad. El Rey aboga por « *el apego a lo sagrado y a las constantes de la nación, incluida la unidad del Estado, la nación y el territorio* ». Cabe señalar que la unidad del Estado está representada por la unidad de la nación en la diversidad cultural, geográfica, lingüística e histórica de las regiones que la componen. Esta composición heterogénea de todos los fragmentos del Estado requiere naturalmente respuestas diferenciadas a las necesidades y demandas, según las particularidades de cada población.

Sabemos que la tendencia actual en el mundo es ofrecer a las entidades subestatales un margen de autonomía muy amplio para gestionar sus asuntos locales, ya sea en el marco del federalismo, como ocurre en la mayoría de los grandes Estados del mundo (EE.UU., Alemania, Rusia, Canadá, etc.), o en Estados regionales igualmente desarrollados, como es el caso de España o Italia. Sin embargo, EL YAAGOUBI M. considera que «*Marruecos no es un Estado federal. Ninguna de las comunidades que lo componen (regiones, prefecturas, provincias, comunas) tiene un poder normativo inicial que no pueda ser eliminado por la comunidad superior. El artículo 2 de la Constitución establece que " La soberanía pertenece a la Nación, que la ejerce directamente a través de referendos e indirectamente a través de sus representantes". La soberanía es, en la concepción clásica, un atributo característico del Estado. En consecuencia, la indivisibilidad de la soberanía es también la del Estado y tanto como la unidad del Estado se opone al federalismo. Además, el artículo 42 de la Constitución establece que " El Rey es el Jefe del Estado, su Representante Supremo, el Símbolo de la unidad de la Nación (...) Es el Garante de la independencia del país y de la integridad territorial del Reino". Por consiguiente, la descentralización no puede conducir a dar a una colectividad territorial la forma de un Estado*». Esta afirmación hace referencia a dos ideas esenciales, ambas igualmente discutibles. La primera, que en nuestra opinión es la menos relevante, se refiere al poder normativo como expresión suprema de la autonomía sólo en el marco federal, descuidando así su presencia y desarrollo también en Estados inicialmente unitarios, pero que han evolucionado hacia una forma regional que también ofrece este poder a sus entidades regionales, sin convertirse en Estados federales, como España e Italia. Ciertamente, el Estado unitario es diferente del Estado federal, así como la descentralización no conduce necesariamente a esta forma descompuesta del Estado. Sin embargo, el federalismo no es totalmente incompatible con la idea de unidad. HESSE K., escribe a este respecto que en la concepción clásica centrada en las antiguas manifestaciones del Estado federal, éste se caracteriza por la simultaneidad de diversidad y unidad. Para el autor,

los estados miembros mantienen su individualidad a través de la construcción federal que la asegura y la vincula a la obra común dentro del estado total. Por tanto, la descentralización puede ofrecer una forma regional mucho más adecuada para un Estado unitario. Encima, un poder normativo regional no constituye necesariamente una causa de descomposición de la soberanía, ya que ésta sigue siendo, según BARRAUD B., «*una norma suprema ficticia que sirve para hacer aceptar el poder jurídico del Estado, la fuente de una metaprerrogativa que confiere al Estado independencia jurídica frente al exterior y supremacía jurídica y omnicompetencia en su interior. La soberanía sería una norma (supuesta y no positiva, por tanto un concepto) atributiva de competencia que confiere al Estado un derecho del que sería el único titular originario posible: el derecho al derecho*».

La segunda idea, que se apoya en el art. 42 C. para presentar al rey como "símbolo de la unidad de la nación", no parece del todo fundamentada dada su vinculación a la primera idea de poder normativo. Si consideramos el simbolismo del rey en la preservación de la unidad nacional, frente al federalismo, ello no resta capacidad normativa a las entidades subestatales en otra forma de Estado. El análisis de la reflexión del autor lleva a la conclusión de que la realeza, garante de la unidad, no es compatible con una idea de autonomía ampliada que ofrezca a la región poder normativo. Incluso piensa que la reforma regional no debería ir en detrimento de la unidad del Estado, porque la regionalización es, en su opinión, una dinámica centrífuga que podría romper en cierta medida el vínculo de lealtad nacional. En este caso, en lugar de ser un vínculo de enriquecimiento recíproco y de complementariedad, la relación entre identidad regional e identidad nacional se convierte en una relación de oposición y de sustitución. A esta hipótesis de la ruptura de la lealtad nacional a través del policentrismo normativo, es decir, del fin de este tipo de obligación de lealtad o sumisión a la nación y al rey, nos gustaría dejar claro que la realeza en España está presente desde 1978, sobre todo porque la unidad sigue siendo el vínculo que une a todos los componentes descentralizados del país, a pesar del poder normativo otorgado a las Comunidades Autónomas y de las aspiraciones catalanas. Creemos que la región puede legislar para satisfacer los intereses de su población local, sin dejar de ser parte integrante de un todo nacional.

La regionalización en sus formas más democráticas (regionalización política) es hoy una de las manifestaciones más brillantes de la democracia en general. Rechazarla con el pretexto de romper la lealtad nacional pone en entredicho todo el proceso democrático y sitúa la democracia y la lealtad en un plano de competencia. En este caso, habría que elegir entre la modernización y el mantenimiento de las constantes nacionales.

2.1.2. *El deslizamiento semántico del control de tutela*

En la nueva visión de la organización territorial marroquí, la tutela, como medio de control de las colectividades territoriales, se declara incompatible con el proceso de consolidación de la descentralización. Este sistema restrictivo se

ha vuelto cada vez más cuestionable y su alcance ya no se corresponde con los retos esperados de una regionalización avanzada. Esta fue la idea central de las reformas de 2011 y 2015. La condición de la ejecutividad de las deliberaciones del consejo regional por un visado del ministro del interior abre otro interrogante sobre la autenticidad de este cambio declarado sobre la tutela. Sin embargo, el art. 145.2 de la Constitución no deja lugar a dudas sobre la naturaleza del control que debe ejercerse sobre los actos del consejo regional, ya que se refiere claramente al simple control administrativo. El precepto constitucional sí establece que « *En las entidades territoriales, los walis de las regiones (...) ejercen el control administrativo* », pero la LOR 111/14 no ha seguido esta misma línea innovadora. El articulado del texto legislativo ha eliminado la terminología de tutela y aprobación y la ha sustituido por la de "visado". Esto significa que el proceso persiste, con un nuevo nombre. Existe, por tanto, una discrepancia entre la LOR y la Constitución. Se trata de ir más allá de las disposiciones constitucionales para volver a los textos anteriores que utilizaban las mismas fórmulas para censurar las deliberaciones del consejo regional. El artículo 41 de la antigua LOR 47-96 sobre las regiones establecía que «*las deliberaciones del consejo regional sólo son ejecutivas después de haber sido aprobadas por la autoridad de control*», mientras que el artículo 115 de la nueva LOR 111/14 establece que «*las deliberaciones siguientes del consejo sólo son ejecutivas después de haber sido aprobadas por la autoridad gubernamental encargada del interior (...)*». Esta condición, que ambas disposiciones incluyen, subraya la obligación categórica de recurrir a la aprobación de la autoridad supervisora antes de ejecutar las deliberaciones. En otras palabras, no hacerlo o denegar la aprobación significaría la no ejecución de las decisiones del consejo regional. En realidad, el cambio al que se refiere la LOR no es más que un eufemismo que trata de mitigar el contenido negativo que caracteriza a la tutela sustituyendo una terminología por otra, mientras que el mecanismo de control en sí sigue presente. En efecto, se trata de un control de oportunidad ya que se requiere el visado del Ministro del Interior *a priori* y no *a posteriori*. Esta facultad discrecional carece de objetividad porque no se basa en ningún criterio preciso o preestablecido. La imprecisión de la oportunidad es evidente, máxime cuando existen infinidad de supuestos que cambian según las circunstancias. El visado, en esta aproximación, es susceptible de ser denegado incluso en la legalidad de las formas. Suponemos que este proceso de control previo es capaz de proporcionar un marco para el intervencionismo estatal en los asuntos de la región. La denegación del visado obliga a los representantes regionales a someterse a las condiciones fijadas por la autoridad de control para obtener su aprobación. Al denegar el visado, la autoridad de control no sólo precisa las razones de su acto, sino que orienta casi directamente las decisiones del consejo regional. Por otra parte, la limitación de la lista de materias a las que se refiere este control no debe inducir a error, ya que, aunque sea restringida, esta lista sólo incluye materias muy cualitativas que afectan directamente a los medios de ejercicio de las "competencias de la región", como el presupuesto y el endeudamiento. Por lo tanto, no se trata de un control excepcional que el legislador haya querido transmitir en la medida en que la lista de materias enumeradas afecta de una u otra forma a todas las demás competencias.

En definitiva, podemos establecer que el proceso de visado es en realidad una tutela de oportunidad que implica que la región se considere jurídicamente incapacitada para adoptar decisiones de forma autónoma y definitiva. Antes de convertirse en norma, sus acciones dependerían siempre de un discernimiento más perspicaz, en este caso, el del Estado. Esta visión reduccionista fragmenta el orden estatal en dos categorías distintas, una superior con atributos jurídicos y otra inferior e incapaz de gestionar libremente sus propios asuntos. Esto dista mucho de ser representativo de la descentralización y menos aún de una regionalización avanzada, sobre todo cuando los medios que se le dedican no se adaptan al espíritu de autonomía.

2.2. La inadecuación de los medios asignados a la regionalización avanzada con los retos de la autonomía

Los medios jurídicos y, sobre todo, financieros asignados a cada reforma, sea cual sea su alcance, son verdaderos indicadores del grado de éxito esperado. La lectura de todos los dispositivos jurídicos dedicados a la regionalización avanzada muestra su insuficiencia o, mejor dicho, su inadecuación a la ambición de una autonomía regional capaz de hacer que el proyecto sea un éxito. La carta de desconcentración aumenta los poderes del "Wali"[2] en detrimento del poder regional, y la división del territorio y los métodos de elección no garantizan una mejor organización del territorio y de los gobernantes locales (2-2-1). Los resultados de la gestión financiera regional parecen muy afectados por esta observación. El volumen de las transferencias del Estado no deja mucho margen para los recursos propios, y el mecanismo de nivelación destinado a absorber las desigualdades no se adapta a la realidad regional (2-2-2).

2.2.1. La carta de desconcentración, la división del territorio y las elecciones locales, instrumentos jurídicos sin impacto real sobre la autonomía de la región

Además de las LOR, que constituyen el marco legislativo por excelencia de la gestión descentralizada, fueron necesarias otro tipo de reformas para completar la labor del legislador y del constituyente. Dado que determinadas medidas no podían introducirse en estas leyes debido a su especificidad, se les dio forma en otros textos que formaban parte de la reforma global de la regionalización avanzada.

En este sentido, conviene recordar que toda descentralización tiene como corolario indiscutible una desconcentración. Al no poder ser absoluta, la libertad de acción de la democracia local depende siempre de una mirada vigilante o constrictora, según los casos, del poder central. Prevenir las derivas de una gestión

2. En Marruecos, el "Wali" es el representante del rey y del gobierno a nivel regional. Garantiza la coordinación de los diferentes servicios ministeriales desconcentrados y asegura el papel de interlocutor o de control de las collectividades territoriales.

descentralizada fallida es de interés general, y son los mecanismos de esta prevención los que nos informan sobre las intenciones de asistencia o de injerencia. El ejercicio de la desconcentración constituye a este respecto un indicador clave para juzgar la pertinencia del conjunto de la reforma territorial en Marruecos. Ciertamente, la carta confirma el giro hacia una relación de asociación entre servicios desconcentrados y descentralizados en la consecución del desarrollo territorial. Sin embargo, las amplias prerrogativas atribuidas al Wali, representante del Estado central, presentan una fuerte razón para creer que los conflictos de competencia y la ambigüedad en su ejercicio probablemente persistirán durante mucho tiempo.

La Constitución de 1996 había limitado las atribuciones del Wali a la ejecución de las leyes y la aplicación de las decisiones del gobierno (Art. 102 C. de 1996). Hoy se está convirtiendo en uno de los dos fundamentos principales sobre los que descansa toda la política de "deconcentración" administrativa en Marruecos. Además de ser el representante del poder central, también proporciona asistencia al poder regional en la aplicación de "planes y programas de desarrollo". La nueva reforma de los servicios desconcentrados confiere al Wali un papel de dirección para el éxito del proyecto de la regionalización avanzada.

Aun cuando, lo problemático no son las distintas atribuciones concedidas al representante del Estado, ya que consideramos que se ajustan plenamente al estatuto que encarna frente a la desconcentración, sino la interpretación que hay que adoptar para sus misiones de acompañamiento y asistencia a las regiones, expresadas también en el "capítulo VI de la Carta de desconcentración ". Nuestra investigación nos permite sostener con seguridad que la cuestión de la asistencia no es más que un vocabulario debilitado de la noción de control. Basándonos en algunos aspectos de su figura ineludible entre la región y la justicia administrativa, podemos establecer que intervenir en la agenda de las asambleas regionales, por ejemplo, difícilmente constituye a nuestro juicio una forma de asistencia o acompañamiento, sino más bien una forma de injerencia infundada, dado que el poder de control administrativo que le otorga la Constitución es una medida que debe ser a posteriori de la toma de decisiones para verificar su legalidad y no para dirigirla.

Por otra parte, en lo que respecta a la división administrativa, es importante recordar que una de las principales razones de la nueva división en Marruecos es sin duda la insatisfacción general con la división de 1997 en 16 regiones institucionales. Basada en los principios de homogeneidad y funcionalidad, anexionando al mismo tiempo el principio ya existente de complementariedad, la nueva organización territorial en 12 regiones distingue según, BERRIANE M., « *dos grandes tipos de regiones. El primero se refiere a las regiones definidas a partir de las metrópolis que están a la cabeza de las grandes zonas de crecimiento económico por el papel que desempeñan hoy o desempeñarán mañana en la economía y el funcionamiento del territorio. Se han identificado siete polos: Tánger-Tetuán, Rabat-Salé-Kénitra, Casablanca-El Jadida, Gran Agadir, Fez-Meknes, Marrakech-Safi y*

Béni Mellal-Khénifra. La segunda se refiere a las regiones poco o nada polarizadas que abarcan el Atlas y las estepas y desiertos más o menos oasis. Estas cinco regiones son menos prósperas, e incluso se enfrentan a graves desventajas, por lo que requieren un fuerte apoyo y solidaridad nacional».

En un intento de combinar lo funcional y lo institucional, la nueva división ha creado fracturas en territorios que estaban histórica y socialmente vinculados, y uniones entre regiones que antes estaban diferenciadas. Tomaremos como ejemplo la región de Tánger-Tetuán-Alhucemas. Cabe señalar que la ciudad de Alhucemas formaba parte de la región de Taza-Alhucemas-Taounate en la división de 1997, una región formada por subzonas que se comunican e intercambian muy poco. También creemos que el Rif central, que se organiza en torno a Alhucemas, podría haberse agrupado con el Rif oriental, polarizado por la ciudad de Nador. También hemos constatado que, por razones culturales (lengua, por ejemplo), económicas o geográficas, el Rif central tenía dificultades para cohabitar con el oriental. Sabemos que las ciudades de Nador y Alhucemas representan los dos centros de la cultura del Rif. Separarlas en la antigua y la nueva división estimula la reflexión sobre las motivaciones de este arreglo. Las tensiones políticas que han existido durante mucho tiempo entre el gobierno central y esta región de Marruecos sugieren que existe una sospecha de control.

Por último, en cuanto a las elecciones locales, antes de la nueva reforma que introduce el sufragio universal directo mediante una disposición constitucional, las elecciones regionales se regían por el sufragio indirecto siguiendo el ejemplo de las provincias y prefecturas. Las asambleas regionales eran el producto de una amalgama de colegios electos formados por representantes políticos y sindicales asociados a los representantes de los sectores productivos (art. 3 de la LOR 47-96). Desde su reconocimiento como entidad local, este modo de elección no ha hecho sino comprometer la autonomía de la región. Esta formación híbrida, que dispersaba el centro de decisión en varios polos desconocidos para los electores, ha llegado sin duda a su fin con la nueva reforma, pero no está totalmente exenta de ciertas observaciones.

Indudablemente, el sufragio universal directo se adapta mejor a una democracia representativa regional, dadas las deficiencias del sufragio indirecto. Sin embargo, sin ánimo de disculparnos por ninguna antítesis de uno de los elementos más significativos de la libertad, intentaremos vincular sus defectos con la realidad regional marroquí, tratando de encontrar una parte de responsabilidad en el problema de la autonomía que nos ocupa en este tema.

Así, y a imagen de las elecciones comunales, provinciales o prefecturales, el sufragio universal directo favorece también una hegemonía de los notables sobre el poder regional. RONDELET A., se refiere, en parte, a esta consecuencia de los elevados gastos que implican los mecanismos de sufragio, precisa que «*Esto explica el extraño hecho, difícil de captar a primera vista, de una especie de monopolio*

ejercido del lado del orden por las muy grandes fortunas del sufragio universal». Siendo partidario de la democracia en todos sus componentes, es muy difícil posicionarse ante la siguiente pregunta fundamental: ¿cuál sería la alternativa si tanto el sufragio indirecto como el directo presentan deficiencias diferentes, pero igualmente influyentes en la prestación democrática?

Esta observación probablemente sólo representa una realidad sociopolítica de la democracia representativa en Marruecos, que estaría lejos de ser generalizada en todas las democracias contemporáneas. Se trata de un problema de cultura política que pone de manifiesto la ausencia de un sistema de partidos con base social y de una educación política de los ciudadanos. En este sentido, creemos que estos elementos deben acompañar, o incluso preceder, a los instrumentos de expresión política. Del mismo modo que no hay democracia sin demócratas, no habría representación sin educación política. Si la reflexión de esta crítica parece referirse únicamente al mal funcionamiento de la democracia sin cuestionar su esencia, hay que admitir al menos que la alteración de los mecanismos corre el riesgo de dar una lectura falsa de los resultados del ejercicio democrático. Esto no deja de tener consecuencias para el espíritu de la democracia.

A nivel regional, la herramienta del sufragio universal directo en Marruecos se ha convertido en un tema muy trabajado por los aspirantes a los títulos. Esta maniobra, tan complicada para los novatos, se profesionaliza cada vez más para favorecer a los más experimentados, no en la práctica de la política, sino en la manipulación de las herramientas que conducen al poder. Este estado de cosas se ve agravado por el relativamente bajo nivel intelectual y económico del electorado habitual en Marruecos. La pobreza y el analfabetismo son dos fenómenos que pesan mucho en las elecciones regionales. La vulnerabilidad de este frágil estrato social facilita que los candidatos influyan intelectual y económicamente en los votantes. Es precisamente aquí donde se plantea la cuestión de la moralidad en democracia. "¿Tal vez haya que educar antes de democratizar?". Si tenemos en cuenta el desinterés de las clases medias instruidas por todo tipo de sufragio, nos damos cuenta rápidamente de la amplitud del fenómeno. Esto explica también un segundo desinterés, mucho más significativo y grave, el de los intelectuales y universitarios que renuncian y rechazan presentarse a las elecciones regionales en un clima desfavorable. RONDELET A., subraya lo que ocurrió al principio de la práctica del sufragio universal en Francia, y lo que creemos que ocurre hoy en Marruecos: « *parecía, aparte del sufragio de lista donde se puede pasar gratuitamente, que la clase media francesa, más eminente por sus capacidades políticas que favorecida por sus riquezas patrimoniales, desaparecía de repente de la escena que había ocupado y dominado durante mucho tiempo* ».

2.2.2. *La dependencia financiera de la región de las transferencias del Estado*

Aunque constitucionales, las nociones de competencias y de libre administración no conllevan ninguna autonomía financiera si el mecanismo legislativo puesto en

marcha no ofrece a la región un cierto grado de independencia con respecto al Estado. Liberar la acción regional significa aumentar su grado de autosuficiencia financiera en términos de recursos y de gestión. La garantía de los recursos es por primera vez constitucional en Marruecos. Esto aumenta su importancia en la gestión descentralizada y la obligación del legislador de garantizar su adecuación. Recordemos que la ley fundamental precisa en su Art. 141, al.1 C. que « *las regiones y otras colectividades territoriales disponen de recursos financieros propios y de recursos financieros asignados por el Estado* ». Hay que admitir que la cuestión de los recursos propios está totalmente en consonancia con el ideal de autonomía, pero es la noción de recursos asignados por el Estado la que plantea un problema. ¿No es un contrasentido que el texto constitucional ofrezca a la vez la libertad a través de los recursos propios y su limitación a través de los recursos asignados?

Decididamente, y tras la reforma, el Estado sigue siendo la principal fuente de financiación local en Marruecos, « *La distribución de los ingresos (...) a finales de agosto de 2020, permite constatar que los recursos transferidos (...) constituyen (...) el 90% para las regiones (...)* » (Tesorería General del Reino de Marruecos ˆTGRˆ). Además de las dos formas de asignación de fondos para las regiones, es decir, los créditos procedentes de los presupuestos generales del Estado y el Fondo especial relativo al producto de las participaciones fiscales, existen también las subvenciones y los fondos de asistencia, constituidos en gran parte por los pagos efectuados por algunos departamentos ministeriales para contribuir a la realización de programas o proyectos regionales, y el producto de los intereses pagados por el Estado a las entidades locales en concepto de sus fondos disponibles puestos a disposición del Estado. Según el boletín mensual de estadísticas de finanzas locales establecido por la Tesorería General del Reino (TGR) en agosto de 2020, « *La evolución de la estructura de los recursos de las entidades territoriales entre finales de agosto de 2019 y finales de agosto de 2020, muestra un aumento de la parte de los recursos transferidos, combinado con una disminución de la parte de los recursos gestionados por las entidades territoriales y de la parte de los recursos gestionados por el Estado* ». Según el principio de "progresividad" en la transferencia de competencias, deberíamos estar en una dinámica contraria. El intervencionismo del Estado debería desaparecer poco a poco para iniciar a la región a una cierta independencia en cuanto a gestión y medios. Consideramos que «*paralelamente al refuerzo del esfuerzo financiero del Estado (...) es indispensable incitar a las colectividades territoriales a mejorar sus recursos propios*» (TGR). Retenemos aquí la última recomendación establecida por el Ministerio de Economía y Hacienda, que plantea claramente la cuestión del intervencionismo flagrante del Estado en las finanzas locales. Para el Estado, se trata de una consolidación de las capacidades financieras de las regiones, que se inscribe en el contexto de la reforma, pero en términos de autonomía, es una forma de injerencia que podría desarrollar una autonomía formal en lugar de una autonomía real.

Se admite generalmente que el objetivo de las transferencias estatales es reducir las disparidades y limitar los desequilibrios. Algunos autores, como EL-MENSI

M., defienden estas formas de intervención estatal afirmando, por ejemplo, que «*los recursos propios nunca son suficientes para cubrir adecuadamente el coste de las competencias transferidas a los entes locales; por ello, las transferencias financieras (presupuestarias) son necesarias para cubrir en la medida de lo posible las necesidades de financiación de estos entes*». Los defensores de esta corriente encuentran sus argumentos en varias justificaciones que se manifiestan, en primer lugar, en la preocupación por corregir el desequilibrio vertical y, a continuación, por colmar el desequilibrio horizontal; «*las transferencias tienen generalmente por objeto "igualar" (aproximar a la media) los recursos financieros de que disponen las entidades territoriales para permitirles ofrecer una calidad comparable (y a costes comparables en la medida de lo posible) de servicios públicos en un territorio considerado*". Asimismo, *en la preocupación por "compensar los efectos externos (spillover effects): El objetivo de las transferencias es corregir el impacto de los efectos externos vinculados a la prestación descentralizada de determinados servicios públicos; es el caso, en particular, cuando la zona de consumo de los servicios públicos se extiende más allá del territorio de la entidad territorial que presta el servicio, o cuando los agentes económicos no residentes pueden beneficiarse de los servicios prestados por una entidad territorial sin soportar su coste*».

En este contexto, los principios de cooperación y solidaridad establecidos por la Constitución de 2011 (art. 136 C.) adquieren todo su significado. En efecto, a través del art. 231 de la LOR 111/14, el Gobierno se encarga de establecer los mecanismos de funcionamiento de los dos fondos de desarrollo regional también indicados por la ley fundamental. Los dos organismos - el Fondo de Mejora Social y el Fondo de Solidaridad Interregional - se financian con ingresos procedentes del IVA (Impuesto sobre el Valor Añadido), IS (Impuesto de Sociedades) e IR (Impuesto sobre la Renta). El problema de estos dos fondos radica en la forma en que se gestionan, ya que el marco legislativo que los rige otorga al gobierno la autoridad para establecer todos los componentes de su funcionamiento. Podemos observar, por ejemplo, lo dispuesto en el art. 230 de la LOR 111/14, que establece que « *El Jefe de Gobierno es el ordenador de los ingresos y gastos del Fondo de Mejora Social* », o lo dispuesto en el art. 235 de la misma LOR, que establece que « *El Ministro del Interior es el ordenador de los ingresos y gastos del Fondo de Solidaridad Interregional* ».

De lo anterior se desprende que en Marruecos este sistema de perecuación está lejos de tener éxito porque los mecanismos de solidaridad vertical han demostrado su insuficiencia. La diversificación de las fuentes de financiación, generalmente dominadas por el Estado central, ha hecho que el entorno financiero en el que operan las regiones no sea propicio para una igualación óptima. Las limitaciones y recursos cambian de una entidad territorial a otra. Se trata de un incentivo para reevaluar esta diferenciación financiera, ya que en el sistema actual supone un obstáculo para la emancipación de la toma de decisiones regional, que en una regionalización política es mucho más libre.

III. EL PROYECTO DE AUTONOMÍA DEL SÁHARA A LA LUZ DEL MODELO REGIONAL ESPAÑOL.

Las modalidades del reparto de competencias varían de un tipo de Estado a otro. Por otra parte, en algunos estados unitarios se ha observado recientemente una tendencia a adoptar principios que antes se consideraban propios de los estados federales. El desarrollo de las autonomías regionales ha dado lugar en estos Estados a un sistema de distribución de competencias que valora más la toma de decisiones a nivel local, dando así a las entidades subestatales más peso en la gestión de los asuntos públicos que les conciernen.

Nuestro análisis de la regionalización política y del grado de autonomía que puede ofrecer nos lleva a presentar el modelo más representativo de esta organización. En efecto, la originalidad española, a medio camino entre el Estado unitario y el Estado federal, nos enseña mucho sobre la ordenación de las relaciones entre el centro y la periferia. Se trata de una concepción muy avanzada de la autonomía (3-1). Este marco de referencia nos será de gran utilidad para examinar de cerca el intento marroquí de reformular la organización territorial del Sáhara sobre la misma base teórica (3-2).

3.1. La ilustración de la autonomía política en el modelo regional español

Un régimen denominado "autonómico" es una forma de distribución territorial del poder. Presenta cierta originalidad frente a los regímenes unitario y federal. En España, las regiones ocupan un lugar especial en la organización territorial del Estado. El Estado ha procedido, según las circunstancias políticas e históricas, a una descentralización muy pronunciada, mucho más allá de las normas reconocidas a los Estados unitarios. Esta originalidad explica la denominación de "Estado Autonómico Español". Se basa tanto en la organización territorial del Estado y en los estatutos de autonomía de sus regiones (3-1-1) como en el fuerte reparto de competencias que caracteriza su división de poderes con la periferia (3-1-2).

3.1.1. *Una concepción territorial muy marcada en España*

El Estado "autonómico" español nace de una voluntad inequívoca de definir la estructura del Estado, voluntad que será revisada de forma parcial en todas las fases posteriores al establecimiento de la Constitución. Es lo que se conoce como "desconstitucionalización parcial". Esta fórmula sería entonces una especie de Estado híbrido, resultado de una metamorfosis descentralizada del Estado unitario. Se trata de una variante del Estado regional que reconoce un grado variable de autonomía a sus entidades descentralizadas: una autonomía jurídica y política garantizada por la Constitución. Algunas entidades se acercan a la situación de las Colectividades Territoriales en un Estado unitario, mientras que otras se asemejan más a entidades federadas dentro de un Estado federal.

Con el establecimiento de la Constitución de 1978, España introdujo una organización particular a nivel local (Comunidades Autónomas, provincias, municipios). Al otorgar a la primera categoría poder normativo, este país se convirtió en un Estado "regionalizado". Es, de hecho, lo que también se denomina un "Estado de las autonomías", oficialmente unido, pero que funciona como una federación de Comunidades Autónomas, cada una con un nivel de autonomía diferente.

Para satisfacer las reivindicaciones de algunas regiones (Cataluña, País Vasco, Galicia) y solucionar el conflicto vasco, el gobierno de Suárez incluyó en la Constitución el "derecho a la autonomía de las nacionalidades". Las regiones españolas, 17 en número, se denominan "Comunidades Autónomas" y son las más afectadas por la autonomía.

A nivel local, España no es ni una organización según el modelo federal ni la clásica forma unitaria. Es una organización de tres niveles (regional, provincial, municipal), con órganos legislativos elegidos por sufragio universal y ejecutivos locales. El nivel más bajo es el municipal. El nivel regional está constituido por las Comunidades Autónomas. El poder legislativo lo ostenta una Asamblea cuya denominación difiere de una comunidad a otra. Es elegida por sufragio universal, por representación proporcional para un mandato de cuatro años, y está compuesta por un número variable de diputados regionales. El Presidente de la Comunidad Autónoma es elegido por la Asamblea. Se encarga de dirigir y coordinar el Consejo de Gobierno, órgano ejecutivo de la Comunidad Autónoma, así como de representar a la comunidad ante el Estado.

La Constitución Española garantiza la diversidad de los Estatutos de Autonomía. Constituyen la norma institucional fundamental de cada Comunidad Autónoma; el Estado los reconoce y ampara como parte integrante de su ordenamiento jurídico. El Estatuto tiene una doble dimensión: en primer lugar, al ser la norma institucional fundamental de cada Comunidad Autónoma, representa la base, el fundamento del ordenamiento jurídico autonómico; en segundo lugar, este Estatuto también forma parte del ordenamiento jurídico del Estado, que debe aprobarlo en su Asamblea General por mayoría absoluta, mediante una LOR.

Las Comunidades Autónomas adquieren su existencia jurídica y política en el momento de la aprobación de su Estatuto de Autonomía. En este sentido, es la "carta de su nacimiento".

3.1.2. *El reparto de competencias, elemento fundante de la autonomía política en España*

La fórmula "Estado de las Autonomías" establecida por la Constitución Española de 1978 ha permitido establecer una distribución del poder a nivel estatal, autonómico y local, una asignación de competencias normativas y administrativas en diferentes ámbitos. El Estado y las Comunidades Autónomas tienen competencias legislativas, normativas y ejecutivas. Las entidades locales, en cambio, carecen

de potestad legislativa y tienen potestad reglamentaria y ejecutiva. Desde este punto de vista, la Constitución otorga autonomía política y administrativa a las regiones, mientras que las entidades locales sólo disfrutan de la segunda parte de esta autonomía. Esta capacidad de decisión de las Comunidades Autónomas no sólo se materializa en el desarrollo y aplicación de las leyes estatales, sino también en la formulación y ejecución de políticas propias, distintas de las demás entidades. El alcance de estas políticas, que afectan directamente al nivel autonómico, depende sobre todo de la cantidad y calidad de las competencias reconocidas en los respectivos Estatutos de Autonomía.

El principio de reparto de competencias ha dado lugar, en consecuencia, a competencias de carácter "propio y atribuido" y de carácter "exclusivo y compartido". La entidad titular de las competencias exclusivas tiene el monopolio de todos los poderes públicos. La entidad titular de competencias compartidas asume parte de las potestades públicas que puede ejercer en un ámbito concreto.

Existen dos estatutos de geometría variable que ilustran el nivel de competencias en España. El primero, definido por el art. 149 CE, se refiere a las competencias de la Comunidad que sólo están limitadas por las competencias exclusivas del Estado, que se enumeran en 32 materias; así como a las materias no atribuidas explícitamente al Estado que pueden ser transferidas a las Comunidades Autónomas. El segundo estatuto, en cambio, sólo atribuye a la Comunidad las competencias enumeradas en la Constitución, que son veintidós. Sin embargo, aunque hay un número limitado de comunidades con competencias amplias (Cataluña, Países Bajos, Galicia, Andalucía, Canarias, Navarra, Valencia), este estatuto es considerado transitorio por la Constitución, ya que transcurridos cinco años las Comunidades Autónomas pueden ampliar sus competencias mediante una reforma del estatuto según el art. 148.2 CE".

Puede decirse que la fórmula constitucional se basa en una doble lista de carácter flexible, completada por una doble cláusula residual. La primera cláusula residual establece que los estatutos pueden asumir las competencias no previstas en el art. 149 CE, es decir, todo aquello que no haya sido expresamente reservado al Estado. La segunda cláusula implica que las competencias no incluidas en los estatutos comunitarios corresponden en todo caso al Estado, cuyas normas prevalecen en caso de conflicto; de esta forma se garantiza la titularidad de todas las competencias.

En cuanto a las competencias compartidas, el Estado se reserva la "legislación", correspondiendo a las Comunidades Autónomas la ejecución de las normas estatales. Por otro lado, existen otras muchas competencias compartidas, como es el caso de algunas LOR estatales que prevén "intervenciones concretas" por parte de las autoridades autonómas.

De lo anterior se deduce que el modelo autonómico español, de hecho y en la práctica descentralizado, es más federal que unitario, como prefiere considerar

cierta doctrina española. A partir de esta constatación, ¿cómo podemos valorar el proyecto marroquí de autonomía del Sáhara?

3.2. *La concordancia del proyecto de autonomía del Sáhara con el principio de autodeterminación y la práctica de la regionalización política*

Sin querer trazar los fundamentos del conflicto saharaui, empresa que podría desviarnos hacia múltiples consideraciones, nos contentaremos en este "artículo-resumen" con medir jurídicamente la compatibilidad del proyecto marroquí de autonomía saharaui con el principio de autodeterminación (3-2-1) y los preceptos de regionalización política (3-2-2).

3.2.1. *El proyecto de autonomía como componente defendible de la autodeterminación*

"El derecho de los pueblos a la autodeterminación" es una garantía jurídica internacional de la "autodeterminación" (Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de la ONU, de 14 de diciembre de 1960). Ciertamente así lo declara una disposición de la ONU, pero no debemos perder de vista que el mismo texto se refiere a la condición de preservar la unidad y la integridad territorial de los Estados. Recordemos la fórmula de la ONU que especifica en su párrafo 6 que «*todo intento encaminado a la destrucción parcial o total de la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas*».

Antes de esbozar la cuestión fundamental del reparto de competencias en el apartado siguiente, basaremos nuestra defensa del proyecto de autonomía para la región del Sáhara, en primer lugar, en un enfoque teórico. Éste tratará de examinar los elementos de concordancia del proyecto con el derecho de autodeterminación como forma universal reconocida jurídica y políticamente a los pueblos que aspiran a una cierta libertad dentro de la versión interna del principio. Este enfoque nos llevará a comprobar si la autonomía sigue siendo una respuesta adecuada y satisfactoria a la autodeterminación. Su adecuación constituirá sin duda la pieza central del alegato marroquí ante las instituciones internacionales y el argumento de peso que sustentará el proyecto.

En una mesa redonda sobre el tema, organizada por la Misión Permanente de Marruecos en Ginebra al margen de la 15ª sesión del Consejo de Derechos Humanos en 2010, el Embajador marroquí "HILALE O", explicó muy bien que «*Los grandes cambios geopolíticos internacionales, tras el final de la Guerra Fría y la caída del Muro de Berlín, han situado la solución autonómica en el centro de los parámetros democráticos internacionales de resolución de conflictos, respetando la integridad territorial de los Estados. En efecto, el nuevo orden internacional posterior a la Guerra Fría, que rechaza la balcanización y se basa en la globalización, ha generado nuevos retos para la paz, la seguridad y la estabilidad regionales e internacionales. Así, el paradigma del derecho internacional/independencia, en boga en los años sesenta, ha dado paso al paradigma de la*

autodeterminación/democracia. Este último consagra la autonomía basada en la devolución y la democracia local como la última etapa de maduración del derecho de autodeterminación. La autonomía negociada ha permitido resolver, respetando plenamente la legalidad internacional, varias situaciones de conflicto en el mundo, respetando la integridad territorial de los Estados y las especificidades de las regiones interesadas».

Si se acepta que el conflicto es interno, también hay que admitir que la iniciativa marroquí para la negociación de un estatuto de autonomía para el Sáhara se inscribe en la misma tendencia internacional de "resolución pacífica de los conflictos", y de conformidad con las disposiciones de la "Carta de las Naciones Unidas". Se basa en el hecho de que la autonomía permite a un grupo minoritario de un Estado disfrutar de sus derechos al tiempo que proporciona al Estado garantías de unidad, soberanía e integridad territorial. La legalidad jurídica de la autonomía y su contribución política a la conciliación entre las tendencias secesionistas y autonomistas confieren al proyecto de autonomía del Sáhara una cierta legitimidad desde el principio. Desde un punto de vista jurídico interno, el aspecto político de la autonomía propuesta, es decir, la capacidad de promulgar normas a través de instituciones representativas, es una dimensión indiscutible de la autodeterminación, ya que las poblaciones locales pueden decidir sus propias normas de gobierno. La institucionalización, y en su caso la constitucionalización, de estas instituciones subraya tanto el respeto de las particularidades de la comunidad como la garantía jurídica que la acompaña. En un Estado unitario, ésta es la representación última, más moderna y más democrática de la autodeterminación. Sabemos que la "resolución 1541" teorizó tres procesos para ejercer el derecho de autodeterminación, el de asociarse a un Estado independiente, el de integrar un Estado independiente o el de independizarse totalmente. Esta disposición se vio reforzada por la "Resolución 2625", que incorporó un cuarto procedimiento en los siguientes términos: «*la adquisición de cualquier otro estatuto político libremente decidido por un pueblo constituye, para ese pueblo, un medio de ejercer su derecho a la libre determinación*». Por su propia naturaleza, esta disposición respalda la validez del acuerdo autónomo y su adecuación a la práctica de la ONU, siempre que se establezca en un clima de consulta consensuada. En este sentido, cabe señalar que el derecho y la práctica de la ONU han establecido, incluso en el caso del Sáhara, la negociación como el medio más favorecido por la comunidad internacional para satisfacer este principio. De hecho, la herramienta del referéndum no se menciona en ninguna de las resoluciones mencionadas de los años sesenta. Además, el referéndum sigue siendo un método excepcional en la práctica de la ONU (5 casos: Namibia, Timor Oriental, Iryan Jaya, Tokelau y Puerto Rico, estos 2 últimos siguen figurando en la lista de territorios no autónomos, porque han rechazado la opción de la independencia y han optado por el statu quo). El recurso a la negociación es más frecuente, con más de 16 casos, entre ellos Aceh (Indonesia), Groenlandia (Dinamarca), Aaland (Finlandia).

Podemos argumentar a partir de estas experiencias que la medida de la resolución pacífica negociada sólo puede aprehenderse en gran medida centrándose en las consecuencias políticamente traumáticas, incluso dramáticas, para las poblaciones afectadas en caso de disturbios civiles o de guerra.

La elegancia de esta conclusión no debe llevarnos a la comodidad del romanticismo, pues queda por demostrar que la cuestión del reparto de competencias es tan fuerte como en una regionalización política que transmita el espíritu del liberalismo y la democracia.

3.2.2. *El ámbito de las competencias estatales y regionales, manifestación de la autonomía con connotaciones políticas*

La singularidad del reparto de competencias en la región del Sáhara con respecto al adoptado para todas las regiones de Marruecos encuentra sus primeras expresiones en los párrafos 5 y 6 del texto de la Iniciativa, que indican consecutivamente que «*las poblaciones del Sáhara gestionarán sus asuntos por sí mismas y democráticamente a través de órganos legislativos, ejecutivos y judiciales dotados de competencias exclusivas*», y que «*el Estado conservará sus competencias en los dominios regios, en particular la defensa, las relaciones exteriores y las atribuciones constitucionales y religiosas de Su Majestad el Rey*». Aunque todavía no es constitucional, esta precisión es una característica de los Estados regionales. Esta dicotomía de competencias se basa en competencias exclusivas del Estado y competencias propias de la región del Sáhara. No obstante, conviene recordar que, en general, y dado que la enumeración de competencias por la Constitución no puede ser exhaustiva, siempre quedará entre las dos esferas de competencias una zona indefinida, calificada de "dominio concurrente". A tal fin, el párrafo 17 de la Iniciativa establece que «*las competencias no atribuidas específicamente se ejercerán de común acuerdo sobre la base del principio de subsidiariedad*». La aceptación del principio de subsidiariedad y la noción de común acuerdo revisten aquí una gran importancia. Si existe una igualdad real en las negociaciones sobre el ejercicio de estas competencias, se respetará la lógica de todas las disposiciones de la iniciativa. Del mismo modo, sabemos que la subsidiariedad, como principio filosófico, político y también jurídico busca ordenar las competencias compartidas entre varias autoridades, con el fin de garantizar una mayor eficacia de la acción, muy generalmente según el criterio de "proximidad". En un posible entrelazamiento de responsabilidades, la subsidiariedad implica, ante todo, que el nivel inferior sólo cede al superior lo estrictamente necesario y, a contrario, la competencia de la autoridad superior se extiende a aquellas funciones que puede realizar con mayor eficacia que las comunidades de base. Sobre esta base teórica, el acuerdo sobre competencias que no estén expresamente especificadas debe respetar la cuestión de la proximidad y la eficacia de la acción.

Cabe señalar que el documento de la Iniciativa sólo establece el contenido de las competencias estatales y regionales. Así, el párrafo 14 presenta las atribuciones de soberanía como las primeras "competencias exclusivas" del Estado central. Si

comparamos estas atribuciones estatales con las del Estado español recogidas en el "art. 149 CE", podemos destacar ciertas similitudes, especialmente en lo que se refiere a las prerrogativas regias. Con la salvedad de que el art. enumera exhaustivamente muchas más materias de competencia central. Para la Comunidad Autónoma, también serán competencias exclusivas. Esta terminología no es baladí porque expresa la voluntad de los redactores de garantizar a la región del Sáhara inmunidad frente a cualquier usurpación, ya sea por parte del Estado o de cualquier otra colectividad territorial. Por ello, las competencias regionales, relacionadas esencialmente con el interés regional, se dividirán en seis rúbricas que conciernen "la administración local, el desarrollo económico, el presupuesto de la región, las infraestructuras, las cuestiones sociales, culturales y medioambientales". Además, las relaciones exteriores también formarán parte de las competencias regionales del Sáhara, ya que la Iniciativa le otorga competencia para participar en la diplomacia de los Estados allí donde se encuentren.

IV. CONCLUSIÓN

Con el fin de ofrecer una alternativa a una regionalización marroquí carente de inspiración y aliento, el estudio del proyecto de autonomía del Sáhara ha permitido vislumbrar un primer paso hacia una regionalización de otro nivel. Al mismo tiempo que responde democráticamente a una situación de conflicto que se ha prolongado en el tiempo, el proyecto redefine la concepción de la cuestión territorial en Marruecos. A pesar de la fuerte connotación política del conflicto del Sáhara, la versión jurídica de la propuesta marroquí ha permitido plantear uno de los rasgos distintivos de la regionalización política. En efecto, el doble tratamiento de las regiones marroquíes encarnado, por una parte, por reformas que sólo consagraban el carácter administrativo y, por otra, por el texto de la Iniciativa que subrayaba la autonomía política de la región del Sáhara, validó la adopción final de la noción de asimetría.

A la luz de la asimetría, por lo tanto, hemos tratado de defender la legitimidad de responder a cada territorio del Reino de manera diferenciada y adecuada. En este sentido, creemos que un trato justo es un trato que tiene en cuenta todas las necesidades de los territorios. El territorio saharaui necesitaba ciertamente su pacificación antes de su desarrollo. En el mismo sentido, las demás regiones de Marruecos dependen sin duda, cada una de una condición particular, para adherirse a la modernización. La diversidad es una realidad marroquí; responder a ella con uniformidad es, en nuestra opinión, inadecuado. Las motivaciones que llevaron a los poderes públicos a elaborar un estatuto bastante excéntrico con respecto a la visión fundamentalmente unitaria deberían, del mismo modo, sentar las bases para construir un modelo a la medida de cada región. El conflicto político, la integridad territorial o la cuestión de la unidad están en el mismo orden de importancia que el subdesarrollo económico y social. Quizás este último sea incluso una amenaza mayor para la tan ansiada estabilidad.

VERSIÓN ORIGINAL

La régionalisation avancée au Maroc à l'épreuve de l'autonomie locale

Mohamed Mezgheri
Docteur à l'université Pablo De Olavide de Séville

SOMMAIRE:

I. Introduction.
II. Les limites de la régionalisation avancée au Maroc.
III. L'autonomie du Sahara au regard du modèle régional espagnol.
IV. Conclusion.

NOTE BIOGRAPHIQUE:

Mohamed Mezgheri est un docteur en sciences juridiques et politiques à l'université Pablo De Olavide de Séville (2022), sur une ligne d'investigation dénommée : droit constitutionnel comparé. Spécialiste dans la matière de la régionalisation, notamment dans son volet constitutionnel. Titulaire d'un master de décentralisation et gouvernance locale à l'université Abdelmalek Essaadi de Tanger (2015). Licencié en droit public à la même institution (2012). Professeur titulaire de lycée, au ministère de l'éducation nationale au Maroc depuis 1996. Enseignant en communication dans un institut privé de 2009 à 2013. Enseignant vacataire au Master de décentralisation à la faculté de droit de Tanger (2021). Ses travaux se concentrent sur la notion de l'autonomie locale dans les différentes formes de décentralisation.

I. INTRODUCTION

Il va sans dire que la décentralisation est devenue aujourd'hui une dimension essentielle de la politique de réforme administrative. Non seulement en tant que mode d'organisation du territoire, mais aussi, et surtout, comme volet important de la démocratie eu égard à la liberté d'action qu'elle peut offrir aux populations locales à travers leurs représentants.

L'idée que l'État de droit est un État qui ne fait pas tout, semble conforter l'adhésion des Collectivités territoriales aux affaires publiques. Cette prise de position dans l'architecture décisionnelle de l'État peut se faire selon plusieurs modes, souvent, d'ailleurs, très différents. Entre une décentralisation limitée et une régionalisation très poussée, c'est l'autonomie qui vient faire la part des choses. Elle est, paraît-il, la caractéristique essentielle de la décentralisation. Le tandem autonomie-décentralisation doit être apprécié dans un discours global qui touche à la théorie générale de l'État. Les deux composantes peuvent mêmes êtres qualifiées de grands traits de celui-ci, car lorsque l'ordre politique décide d'offrir des libertés locales et des attributions aux Collectivités territoriales, il consacre la décentralisation avec son corolaire l'autonomie à des degrés plus ou moins forts suivant les exigences du moment. HAURIOU M., considère que la décentralisation « *consiste en la création de centres d'administration publique autonomes* »[1]. Selon WALINE J., «*La décentralisation suppose l'indépendance à l'égard du pouvoir central de l'agent décentralisé* »[2].

De ce fait, toute étude de la décentralisation est *a fortiori* impliquée par la dimension autonomique qui, non seulement est l'une des caractéristiques de cette organisation administrative, mais son baromètre le plus significatif.

Ergo, l'évaluation que nous avons décidé de construire autour de la régionalisation avancée au Maroc ne pouvait négliger cet élément essentiel de la liberté exprimé par l'autonomie.

Par une initiative royale, le Maroc annonce en 2010 une grande réforme touchant à son organisation territoriale, appelée «régionalisation avancée». Pour tout chercheur en matière de décentralisation, le titre du projet est d'ores et déjà évocateur. Lorsqu'on parle d'avancement, fait-on référence à la substance matérielle ou formelle de la régionalisation ? L'organisation territoriale serait-elle mieux bâtie par rapport aux précédentes régionalisations qu'a connues le Maroc, ou en fonction des modèles internationaux avancés en la matière?

1. HAURIOU M., « Précis de droit constitutionnel », Sirey, 2ème éd, Paris, 1929, p.171.
2. WALINE J., « Droit administratif », Traités Sirey, 7e éd, Paris, 1957, p.433.

Comme nous l'avons susmentionné, s'il y a bien un critère révélateur des proportions que peut prendre la régionalisation dans un État moderne, il serait sans équivoque celui de l'autonomie. Sonder cette partie intégrante de la décentralisation, c'est tout simplement s'arrêter sur les intentions réelles de l'ordre décentralisateur. Plus l'autonomie régionale est élargie en termes d'exercice de compétences, plus la volonté de partager les pouvoirs avec la périphérie est avérée, bien que la finalité elle-même de toute organisation soit située à un niveau encore plus élevé, celui du développement. Car, aussi soit-elle élargie ou avancée, si la gestion décentralisée n'arrive pas à réaliser le développement local escompté, elle serait sujette de remise en question. C'est le cas de la régionalisation avancée au Maroc. Dix ans après le déclenchement du projet, le temps est à l'évaluation. N'ayant pas observé de progrès économique ou social au niveau des régions, la problématique qui se propose tout spontanément pour traiter le sujet est la suivante : pourquoi cette réforme ne parvient-elle pas à mettre en place un pouvoir régional en mesure d'assurer lui-même le développement souhaité ?

Les deux hypothèses qui se démarquent plus que les autres sont inhérentes à l'interventionnisme excessif de l'État central dans les affaires régionales, et à la défaillance de l'élu censé les assumer. Entre les deux protagonistes de la régionalisation marocaine se dessine une controverse de causalité. L'interventionnisme étatique est-il justifié par le malaise de l'agent décentralisé, ou bien la déficience de celui-ci est due essentiellement au contrôle contraignant de l'État ?

Au début, l'étude de la gestion décentralisée au Maroc nous a poussé à prendre parti de la première hypothèse comme postulat initial, à confirmer ou à infirmer. Toutefois, la dimension comparée de cette recherche a balayé les deux composantes de ce postulat : la prétention du pouvoir central à la prédominance au nom de l'unité et l'intégrité territoriale, et son intervention pour corriger les carences de la décentralisation au nom de l'intérêt général. Le catalanisme a prouvé qu'en présence de limites matérielles à l'autonomie dans la Constitution, la question de l'intégrité, pas plus que la question de la défaillance de la gestion décentralisée ne peuvent fournir d'alibi pour l'interventionnisme étatique. De ce fait, on peut aisément établir qu'en absence de maîtrise sur les moyens, on ne peut juger objectivement les prestations du pouvoir régional. Ce qui revient à conclure que c'est l'interventionnisme étatique au Maroc qui est à l'origine, ou au moins l'une des causes, de l'échec du projet de la régionalisation avancée. Ceci se vérifie aussi bien dans les textes que dans la pratique du contrôle. La LOR (loi organique) 111/14 sur les régions, en établissant le visa du ministère de l'intérieur, n'a pas respecté l'esprit de la Constitution de 2011, pas plus que la justice constitutionnelle qui l'a estimé conforme à la loi fondamentale.

Nous savons que la critique constructive implique l'apport de solutions alternatives. À ce titre, sans vouloir calquer les modèles espagnoles et italiens comparés dans notre travail de thèse, qui sont d'ailleurs loin de la réalité marocaine, le projet du Sahara constitue à notre sens la référence adéquate pour une nouvelle régionalisation asymétrique.

Le contexte de la recherche

À l'instar des États contemporains, le Maroc s'est engagé dès son indépendance dans une organisation territoriale qui tente tant bien que mal de suivre les tendances universelles. N'étant érigée en Collectivité territoriale qu'en 1992, l'importance accordée à la région comme socle territorial de la régionalisation reste relativement récente. En dépit de son éclosion tardive par rapport aux régions européennes, les réformes entretenues dernièrement par les pouvoirs publics marocains ont fait de cette institution la locomotive qui doit mener la marche vers le développement local. C'est une reconnaissance non négligeable d'un État, profondément unitaire et farouchement attaché à ses constantes nationales, du parallèle qu'il faut considérer dans la perspective de mener à bien les politiques publiques. Il faut bien noter que les textes des réformes ont apporté une nomenclature nouvelle qui verse dans le sens d'un renforcement du pouvoir régional et de sa liberté d'action, compte tenu notamment de la notion de «prééminence»[3] annoncée par le constituant de 2011.

L'intérêt du sujet

L'intérêt de ce travail de recherche réside dans l'analyse juridique qu'il est en mesure de formuler pour apprécier l'étendue des réformes adoptées par le Maroc, sous le nom de la «régionalisation avancée». Conscient de la place centrale qu'occupe l'autonomie dans la démocratie locale, nous avons décidé de faire de cette composante notre indicateur permanent de la valeur démocratique que la transition de 2011 entend véhiculer.

Au vu de l'ampleur du chantier de la régionalisation avancée, le sujet est décidemment traité à une grande échelle ces dix dernières années, mais la démarche que nous proposons reste tout de même minoritaire par rapport au volet administratif que la plupart des études ont emprunté. L'angle constitutionnel par lequel nous abordons le sujet est, à notre sens, le mieux adapté pour mesurer la transition démocratique, d'autant plus que l'approche constitutionnaliste que nous nous approprions nous permet de voir dans la Constitution tout fondement démocratique des pouvoirs.

À côté de sa nature distincte, qui conjugue le droit administratif comme appui et le droit constitutionnel comme assise à l'approche constitutionnaliste, l'importance de cette recherche peut provenir également de la continuité académique qu'elle assure. Elle est, en effet, le relai d'un travail de master intitulé

3.L'article 143 de la Constitution marocaine de 2011 annonce dans son deuxième alinéa que « *Dans l'élaboration et le suivi des programmes de développement régionaux et des schémas régionaux d'aménagement des territoires, la région assure (...) un rôle prééminent par rapport aux autres collectivités territoriales* ».

« la région entre l'autonomie et la tutelle», et dans lequel nous avons établi un bilan sur la situation autonomique de la région au Maroc, vis-à-vis de l'ingérence étatique. Sa propriété purement administrative nous a invité à explorer d'autres dimensions, intellectuellement plus élaborées, pour peser le même sujet avec des indicateurs différents.

En sus, le timing de la réalisation de ce travail reste tout à fait convenable à une évaluation constructive du rendu de ce chantier. Dix ans après, nous estimons que le temps est suffisamment adéquat pour procéder au dépistage de la contribution du pouvoir régional dans la question périlleuse du développement. Si son autonomie s'est avérée effective, son rôle est à prendre au premier degré, sinon, tout jugement de valeur serait imputé de logique en absence de la maitrise des moyens.

Sur un autre registre, ce travail entend aussi amener, dans son dernier chapitre portant sur le projet du Sahara, de la légitimité à l'Initiative marocaine pour la négociation d'un statut d'autonomie des régions du sud. La légitimité est entendue ici dans ses proportions interne et externe. Au niveau du droit international, la plus-value d'une partie de cette étude défend la compatibilité du projet avec le principe de l'autodétermination et la philosophie pacifiste du règlement des conflits. Sur le plan interne, l'autonomie politique accordée aux régions du sud est présentée comme une référence transposable de manière asymétrique sur tout le territoire.

Sommes toute, l'interdisciplinarité sur laquelle s'appuie ce travail de recherche pour tracer son analyse juridique, lui procure une utilité particulière dans la compréhension d'un certain nombre de thématiques faisant parties intégrantes du sujet. Son dessin est donc un panorama où se joignent l'administratif, le politique et le constitutionnel pour expliquer et argumenter le traitement juridique.

Les contraintes rencontrées

Au cours de son élaboration, aucun travail académique n'est exempt de difficultés. Notre recherche n'a pas fait exception à cette règle. Le premier obstacle, admettons-le, était relatif à l'angle à travers lequel nous avons voulu aborder le sujet de cette thèse. D'une manière ou d'une autre, nous avons créé nous-mêmes notre propre labeur intellectuel. Une approche constitutionnelle pour traiter une matière dominée par les administrativistes au Maroc, n'était pas un choix opéré dans l'aisance de la réflexion. N'ayant pas fait l'objet de littérature juridique abondante, la perception constitutionnelle du chantier de la régionalisation avancée nous a mis face à une pénurie de documentation. Une situation qui s'est aggravée avec

le confinement mondial engendré par la pandémie du «COVID-19»[4]. Cette force majeure a donné à cette recherche une autre dimension plus restrictive et nettement plus difficile. Étrangement, et à partir du Maroc, la documentation étrangère était beaucoup plus accessible en ligne que la documentation marocaine. Nous n'avons pas observé trop de complications pour se procurer les ressources nécessaires pour l'étude comparée, notamment, pour la jurisprudence constitutionnelle et administrative. Alors que les Cours administratives marocaines proposent à la vente leurs décisions, les sentences du tribunal constitutionnel espagnol et la Cour constitutionnelle italienne sont en accès libre sur internet. Force est de souligner à ce sujet que la Cour constitutionnelle marocaine offre le même service sur son site, à l'image de ses homologues espagnol et italienne.

En raison de la pandémie, un grand nombre de plateformes internationales ont permis un accès libre à leur contenu. Les rares structures marocaines qui ont suivi cette tendance, n'ont pas assuré une diversité de choix. Notons bien que la revue la plus renommée dans le domaine juridique marocain «REMALD»[5], ne dispose pas d'une plateforme en ligne par laquelle nous pouvions accéder à la documentation académique qu'elle propose, d'autant plus que les numéros, récents ou anciens, ne connaissent pas une production sur une large échelle, particulièrement dans les villes du nord, comme Tanger. Sans pouvoir se déplacer en raison des restrictions administratives et sanitaires, la seule source possible en 2019, 2020 et 2021 était le Web, et cette alternative n'était pas de tout repos.

En dépit d'une collecte importante opérée en amont de ce travail, les modifications apportées à chaque fois requéraient une nouvelle documentation correspondante. Ce qui avait beaucoup d'effets sur le temps de sa réalisation.

D'autre part, les contraintes liées à la pandémie se sont aussi étendues pour toucher toutes les activités académiques. Avant de s'organiser pour assurer des séminaires et des débats par visioconférences qui, à notre avis, ne remplacent jamais la qualité présentielle, les premiers mois, voire, la première année ont connu un arrêt total. Notre programmation de séjours d'étude dans des universités marocaines et étrangères n'a pas pu aboutir.

D'un point de vue théorique, la formulation d'une problématique à hauteur des idées que nous avons pu développer a constitué une tâche très ardue. Le

4. Le Coronavirus ou (Covid-19) est une pandémie qui a frappé de pleines fouées l'humanité en 2019, et qui a provoqué, à côté des dégâts humains, une reconfiguration totale et universelle de toutes les activités de l'Homme. Les restrictions sanitaires, entreprises partout dans le monde, ont fait que la grande majorité des établissements ont fermé leurs portes. L'accès physique à la documentation dans les différentes bibliothèques du Royaume est devenu chose impossible. Des alternatives ont été proposées en ligne pour remédier àcette difficulté majeure, sans pourtant donner des résultats satisfaisants. Jusqu'à l'écriture de ses lignes, les cours, les conférences et les débats universitaires ne se produisent qu'à distance par visioconférence.

5. Revue Marocaine De L'Administration Locale et de Développement.

questionnement sur la régionalisation avancée au Maroc occupe toutes les pages des travaux universitaires traitant le sujet. Il a fallu, à cet effet, se positionner de manière différente pour amener une valeur ajoutée. Non seulement l'angle d'attaque devait être approprié au registre que nous avons choisi d'intégrer, mais la question fondamentale avait également l'obligation de guider la réflexion dans le sens de la nouveauté et de la spécificité de notre choix initial.

Dans cet article qui résume le travail doctoral que nous avons développé sur le sujet, la lumière sera en premier lieu projetée sur les carences du projet de la régionalisation avancée au Maroc (I), avant de présenter les différentes facettes du modèle autonomique espagnol, qui a servi, avec son homologue italien[6], a construire une réflexion théorique référentielle sur laquelle nous nous sommes basée, sans vouloir la calquer, pour présenter le projet d'autonomie du Sahara comme proposition de réforme à étendre sur tout le territoire marocain afin de palier les imperfections de la régionalisation (II).

II. LES LIMITES DE LA RÉGIONALISATION AVANCÉE AU MAROC

Le cadre constitutionnel et législatif de la réforme territoriale au Maroc accorde une importance considérable à la question de la décentralisation et de la régionalisation avancée en tant que fondements de la nouvelle architecture organisationnelle de l'État. En termes de textes, le progrès est notable par rapport aux anciennes réglementations, mais à la lumière des données politique, culturelle et sociale du Maroc, l'État central ne serait pas disposé à partager ses pouvoirs avec la périphérie. Une autonomie à l'image d'autres modèles plus avancés est une entreprise qui n'a pas trouvé place dans la réforme, en raison justement de l'obsession du contrôle (2-1) et l'inadéquation des moyens alloués à ce chantier avec les finalités proclamées (2-2).

2-1 *Le contrôle de l'État sur la collectivité régionale, gage d'unité mais entrave à l'autonomie*

On ne peut avancer que le renouveau constitutionnel au Maroc soit tout à fait démocratique, ou du moins dans les normes du constitutionnalisme moderne. Il est représentatif d'une idéologie de contrôle qui essaye d'adapter le texte juridique à un contexte politique assez instable et mouvementé et, partant, il ne réhabilite pas la démocratie locale et ne répond point aux standards internationaux. Face à cette carence démocratique, les réformes ne peuvent faire l'économie d'observations critiques.

6. Pour être succinct et précis, choses qu'exige un résumé, nous nous sommes contenté dans cet article de traiter uniquement le modèle espagnol qui présente, d'ailleurs, de nombreuses similitudes avec le modèle italien.

Nul besoin de rappeler que le contrôle de l'État sur l'ensemble des institutions au Maroc est incontestable. Plusieurs éléments l'expliquent sans pour autant le justifier. En tant qu'État unitaire gouverné par un régime monarchique, le pouvoir central tient toujours à garder la mainmise sur la gestion des affaires étatiques et infra-étatiques pour sauvegarder la continuité du régime politique et l'intégrité territoriale. Dans ce schéma restrictif de toute autre initiative, les institutions périphériques ne trouvent pas de place participative à l'ensemble des réformes, et même lorsqu'elle existe, elle demeure secondaire, voire marginale, car l'approche sécuritaire est constamment prioritaire.

C'est ainsi que le contexte de la constitutionnalisation de la réforme régionale était dominé par une dimension politique immodérément protectrice des constantes nationales. Dans ce cadre de démocratisation spécifique, la régionalisation n'était pas une expression développée de la démocratie locale, mais uniquement une réforme administrative de la décentralisation qui continue d'étendre le pouvoir des autorités de tutelle sans une réelle protection juridictionnelle, que ce soit constitutionnelle ou administrative. Introduire les constantes nationales du Maroc dans une analyse touchant à sa démocratisation revêt une importance capitale. Leur respect est à plus forte raison nécessaire pour limiter toute dérive non convenable au cadre politique et démocratique en place que pour guider les réformes.

Il est certain que la marche vers la démocratie ne doit jamais perdre de vue les données historiques, culturelles et politiques spécifiques à chaque pays. Un modèle universel n'est jamais forcément transposable à toutes les communautés humaines. En revanche, les fondamentaux de la démocratie tels qu'ils sont instaurés depuis le siècle des lumières, demeurent toujours valables pour tout le monde.

L'article premier de la Constitution marocaine énonce que « *la Nation s'appuie dans sa vie collective sur les constantes fédératrices, en l'occurrence la religion musulmane modérée, l'unité nationale aux affluents multiples, la monarchie constitutionnelle et le choix démocratique* ». Ce sont les fondamentaux qui font l'identité nationale du Maroc, et au même temps les bornes qu'il ne faut jamais transcender. La logique de notre recherche nous conduit à considérer la seule constante de l'unité qui nous semble la plus influente dans l'analyse du sujet.

Sans vouloir aller plus loin dans le traitement de la démocratie, même si elle fait partie du registre dans lequel s'inscrit l'autonomie en tant que forme évoluée du libéralisme, nous observons que l'idée de l'unité prend toujours le dessus sur celle de l'autonomie (2-1-1), à tel point qu'elle a biaisé la lecture du contrôle de tutelle (2-1-2).

2-1-1 Une idée d'unité plus forte que l'idée d'autonomie

Au Maroc, il est difficile de concevoir une démarche réformatrice qui ne prenne pas en compte les principes sacrés, constitutionnalisés dans l'article premier de

la loi fondamentale. Il est évident que l'institution royale insiste sur une construction de la démocratie sans une rupture avec les fondements immuables qui représentent l'identité de tout Marocain, dont l'islam, l'unité nationale et la monarchie. Cette obligation mérite d'être mise en lumière dans le sens où la nécessité de respecter les constantes nationales ouvre la voie à des questionnements sur la relation de celles-ci avec le processus de démocratisation; notamment entre le principe de l'unité, très présent dans toutes les réformes qui ont suivi la Constitution de 2011, et la démocratisation des institutions étatiques et infra-étatiques.

Comme nous l'avons déjà précisé, l'une des priorités sur laquelle s'appuie la vision royale ainsi que l'ensemble des réformes constitutionnelles, législatives et réglementaires est la question de l'unité. Le roi appelle à « *l'attachement aux sacralités et aux constantes de la nation, notamment l'unité de l'État, de la nation et du territoire* »[7]. Précisons que l'unité de l'État est représentée par l'unité de la nation dans la diversité culturelle, géographique, linguistique et historique des régions qui la composent. Cette composition hétérogène de tous les fragments de l'État nécessite tout naturellement des réponses différenciées aux besoins et aux revendications, selon les particularités de chaque population.

Nous savons que la tendance actuelle dans le monde est d'offrir aux entités infra-étatiques une marge très importante d'autonomie pour gérer leurs affaires locales, que ce soit dans le cadre du fédéralisme comme la plupart des grands États du monde (USA, Allemagne, Russie, Canada etc.), ou bien dans des États régionaux tout aussi développés comme c'est le cas de l'Espagne ou de l'Italie. Or, EL YAAGOUBI M., considère que « *Le Maroc n'est pas un État fédéral. Aucune des collectivités composantes (régions, préfectures, provinces, communes) ne dispose d'un pouvoir normatif initial insusceptible d'être éliminé par la collectivité supérieure. L'article 2 de la Constitution affirme que « La souveraineté appartient à la Nation qui l'exerce directement par voie de référendum et indirectement par l'intermédiaire de ses représentants». La souveraineté est, dans la conception classique, un attribut caractéristique de l'État. Il en résulte que l'indivisibilité de la souveraineté est aussi celle de l'État et qu'autant que l'unité de l'État elle s'oppose au fédéralisme. En outre, l'article 42 de la Constitution précise que « Le Roi Chef de l'État, son Représentant Suprême, Symbole de l'unité de la Nation (…) Il est le Garant de l'indépendance du pays et de l'intégrité territoriale du Royaume». Par conséquent, la décentralisation ne peut conduire à donner à une collectivité territoriale la forme d'un État* »[8]. Cet énoncé renvoie à deux idées essentielles, tout aussi discutables l'une que l'autre. La première, qui est à notre avis la moins pertinente, évoque le pouvoir normatif comme expression suprême de l'autonomie dans le seul cadre fédéral, négligeant ainsi sa présence et son développement aussi dans des États initialement unitaires, mais qui ont évolué vers une forme

7. Discours royal du 3 janvier 2010.

8. EL YAAGOUBI M., « Le droit administratif, thématique », op.cit., p.102-103.

régionale qui offre également ce pouvoir à leurs entités régionales, sans pour autant devenir des États fédéraux, tels que l'Espagne et l'Italie. Il est certain que l'État unitaire est différent de l'État fédéral aussi bien que la décentralisation ne conduit pas forcément à cette forme décomposée de l'État. Toutefois, le fédéralisme n'est pas complètement incompatible avec l'idée de l'unité. HESSE K., écrit à ce sujet que dans l'entendement classique centré sur les anciennes manifestations de l'État fédéral, celui-ci se caractérise par la simultanéité de la diversité et de l'unité. Pour l'auteur, les États membres maintiennent leur individualité à travers la construction fédérale qui la sécurise et la lie au travail commun au sein de l'État total. La décentralisation peut, donc, proposer une forme régionale beaucoup plus adaptée à un État unitaire. En sus, un pouvoir normatif régional ne constitue pas nécessairement une cause de décomposition de la souveraineté, car celle-ci demeure « *une norme suprême fictive servant à faire accepter la puissance juridique de l'État, la source d'une métaprérogative conférant à l'État l'indépendance juridique vis-à-vis de l'extérieur et la suprématie et l'omnicompétence juridiques à l'intérieur. La souveraineté serait une norme (supposée et non positive, donc un concept) attributive de compétence conférant à l'État un droit dont il serait le seul titulaire originaire possible : le droit au droit* »[9].

La deuxième idée, qui s'appuie sur l'art. 42 C. pour présenter le roi comme un «symbole de l'unité de la nation», ne semble pas être complètement fondée eu égard à son attachement à la première idée du pouvoir normatif. Si on considère la symbolique du roi dans la préservation de l'unité nationale, par opposition au fédéralisme, ceci n'enlève en rien à la capacité normative des entités infra-étatiques dans une autre forme de l'État. L'analyse de la réflexion de l'auteur pose le constat que la royauté, garante de l'unité, n'est pas compatible avec une idée d'autonomie élargie qui offrirait à la région un pouvoir normatif. Il pense même que la réforme régionale ne devrait pas porter préjudice à l'unité de l'État, car la régionalisation relève, pour lui, d'une dynamique centrifuge qui pourrait à un certain degré casser le lien d'allégeance nationale. Dans ce cas, au lieu d'être un lien d'enrichissement réciproque et de complémentarité, le rapport entre l'identité régionale et l'identité nationale devient d'opposition et de substitution. À cette hypothèse de rupture de l'allégeance nationale par un polycentrisme normatif, c'est-à-dire la fin de cette sorte d'obligation de fidélité ou de soumission à la nation et au roi, nous apportons la précision que la royauté en Espagne est toujours présente depuis 1978, d'autant plus que l'unité demeure le lien qui rassemble toutes les composantes décentralisées du pays, malgré le pouvoir normatif octroyé aux Communautés autonomes et les aspirations catalanes. Nous estimons que la région peut légiférer pour satisfaire les intérêts de sa population locale, tout en restant partie intégrante d'un ensemble national.

9. BARRAUD B., « La souveraineté et la norme fondamentale », Les ANNALES DE DROIT, Presses universitaires de Rouen et du Havre, n° 12, Mont-Saint-Aignan 2018, p.10. (https://journals.openedition.org/add/878?lang=en), consulté le 07/09/2020.

La régionalisation dans ses formes les plus démocratiques (régionalisation politique) est aujourd'hui l'une des manifestations les plus brillantes de la démocratie en générale. Le fait de la rejeter sous prétexte de rompre l'allégeance nationale remet en cause tout le processus démocratique et pose la démocratie et l'allégeance sur un niveau de concurrence. Dans ce cas, il faudrait faire un choix entre modernisation et maintien de constantes nationales.

2-1-2 Le glissement sémantique du contrôle de tutelle

Dans la nouvelle vision de l'organisation territoriale marocaine, la tutelle, comme mode de contrôle des Collectivité territoriales est déclarée incompatible avec le processus de consolidation de la décentralisation. Ce système contraignant est devenu de plus en plus contestable et sa portée ne correspond plus aux enjeux escomptés de la régionalisation avancée. C'est dans ce sens que se sont élaborées les réformes de 2011 et 2015. Le conditionnement du caractère exécutoire des délibérations du conseil régional par un visa du ministre de l'intérieur ouvre un autre questionnement sur l'authenticité de ce changement déclaré sur la tutelle. Pourtant, l'art. 145 al. 2 C. ne laisse aucun doute quant à la nature du contrôle qui devrait être exercé sur les actes du pouvoir régional, puisqu'il évoque clairement le simple contrôle administratif. La disposition constitutionnelle indique bien que « *Dans les collectivités territoriales, les walis de régions (…) exercent le contrôle administratif* », toutefois, la LOR 111/14 n'a pas suivi cette même ligne novatrice. Les articles du texte législatif ont supprimé la terminologie comportant la tutelle et l'approbation pour la remplacer par le visa. Ce qui revient à dire que le procédé persiste, avec une nouvelle appellation. Il y a donc un décalage entre la LOR et la Constitution. Il s'agit d'outrepasser les dispositions constitutionnelles pour revenir aux textes antérieurs qui utilisaient les mêmes formules pour censurer les délibérations du conseil régional. L'art. 41 de l'ancienne LOR 47-96 sur les régions précisait que « *Ne sont exécutoires qu'après avoir été approuvées par l'autorité de tutelle, les délibérations du conseil régional* », alors que l'art. 115 de la nouvelle LOR 111/14 déclare que « *Ne sont exécutoires qu'après visa de l'autorité gouvernementale chargée de l'intérieur (…) les délibérations du conseil suivantes…* ». L'expression de négation «ne sont», que les deux dispositions comportent, souligne l'obligation catégorique de recourir à l'accord de l'autorité de tutelle avant d'exécuter les délibérations. Autrement dit, le non-respect de cette mesure ou le refus du visa seraient synonymes de non-exécution des décisions du conseil régional. En vérité, le changement dont il est question dans la LOR n'est qu'un euphémisme qui tente d'atténuer la teneur négative qui caractérise la tutelle en remplaçant une terminologie par une autre, alors que le mécanisme du contrôle lui-même est toujours présent. Il s'agit bien d'un contrôle de l'opportunité puisque le visa du ministre de l'intérieur est exigé *a priori* et non *a posteriori*. Ce pouvoir discrétionnaire manque d'objectivité parce qu'il ne repose sur aucun critère précis ou préétablit. L'imprécision de l'opportunité est évidente d'autant bien qu'il existe une infinité de suppositions qui évoluent selon les circonstances. Le visa, dans cette approximation est susceptible d'être refusé même dans la légalité des formes. Nous présumons que ce procédé de contrôle préalable est en mesure

d'offrir un cadre propice à l'interventionnisme étatique dans les affaires de la région. Le refus du visa contraint les élus régionaux à se soumettre aux conditions fixées par l'autorité de contrôle pour obtenir son approbation. En refusant le visa, l'autorité de contrôle ne précise pas seulement les motifs de son acte, mais elle oriente de manière presque directe les décisions de ces élus. D'autre part, le fait de limiter la liste des matières sur lesquelles porte ce contrôle ne devrait pas induire en erreur, car elle a beau être restreinte, cette liste ne comprend que des matières hautement qualitatives qui touchent directement les moyens d'exercice des compétences de la région[10], tels que le budget et l'emprunt. Par conséquent, il ne s'agit point d'un contrôle d'exception que le législateur a voulu véhiculer dans la mesure où la liste des matières énumérées influe de manière ou d'une autre sur toutes les autres compétences.

Somme toute, nous pouvons établir que le procédé du visa est en réalité une tutelle de l'opportunité qui sous-entend que la région est considérée juridiquement inapte à adopter elle-même des décisions de manière autonome et définitive. Avant de se transformer en normes, ses actes seraient toujours tributaires d'un discernement plus perspicace, en l'occurrence, celui de l'État. Cette conception réductrice fragmente l'ordre étatique en deux catégories bien distinctes, l'une est supérieure disposant d'attributs juridiques, et l'autre est inférieure et incapable de gérer librement ses propres affaires. Ce qui est loin d'être représentatif de la décentralisation et encore moins d'une régionalisation avancée, particulièrement, lorsque les moyens qui lui sont consacrés ne sont pas adaptés à l'esprit de l'autonome.

2-2 L'inadéquation des moyens alloués à la régionalisation avancée avec les enjeux de l'autonomie

Les moyens juridiques et surtout financiers consacrés à chaque réforme, quelle que soit son envergure, sont de véritables annonciateurs du degré de réussite escompté. La lecture de l'ensemble des mécanismes juridiques dédiés à la régionalisation avancée démontre leur insuffisance ou plutôt leur inadéquation avec l'ambition d'une autonomie régionale capable de réussir le projet. La charte de la déconcentration accroît les attributions du wali au détriment du pouvoir régional, quant au découpage et aux modes d'élection, ils ne garantissent pas non plus une meilleure organisation du territoire et des gouvernants locaux (2-2-1). Le bilan

10. Il s'agit de « - *la délibération relative au programme de développement régional* ; - *la délibération relative au schéma régional d'aménagement du territoire* ; - *la délibération relative à l'organisation de l'administration de la région et fixant ses attributions* ; - *les délibérations relatives à la gestion déléguée des services et des ouvrages publics régionaux* ; - *les délibérations relatives à la création des sociétés de développement régional* ; - *les délibérations ayant une incidence financière sur les dépenses et les recettes, et notamment, la fixation des tarifs des taxes, des redevances et droits divers et la cession des biens de la région et leur affectation; - la délibération relative aux conventions de coopération décentralisée et de jumelage que la région conclut avec les collectivités locales étrangères et avec des acteurs en dehors du Royaume* ». Art. 115 de la LOR 111/14.

de la gestion financière régionale semble très impacté par ce constat. Le volume des transferts de l'État ne laisse pas beaucoup de place aux ressources propres, et le mécanisme de la péréquation destiné à absorber les inégalités est inadapté à la réalité régionale (2-2-2).

2-2-1 *La charte de déconcentration, le découpage et les élections locales, instruments juridiques sans réelle portée sur l'autonome de la région*

À la marge des LOR qui constituent le cadre législatif par excellence à la gestion décentralisée, d'autres types de réformes étaient nécessaires pour compléter le travail du législateur et du constituant. Dès lors que certaines mesures ne peuvent être introduites dans ces lois en raison de leur spécificité, elles ont pris forme dans d'autres textes faisant partie de la réforme globale de la régionalisation avancée.

Dans ce sens, il sied de rappeler que chaque décentralisation tient comme corollaire indiscutable une déconcentration. Ne pouvant être absolue, la liberté d'action de la démocratie locale est toujours tributaire d'un regard veillant ou contraignant, selon le cas, du pouvoir central. Prévenir les dérives d'une gestion décentralisée défaillante est tout à fait dans l'intérêt général, or ce sont bien les mécanismes de cette prévention qui nous renseignent sur les intentions soit, de l'assistance ou de l'ingérence. L'exercice de la déconcentration constitue à cet égard un indicateur phare pour juger de la pertinence de toute la réforme territoriale au Maroc. Assurément, la charte confirme le passage vers une relation de partenariat entre services déconcentrés et services décentralisés dans la réalisation du développement territoriale. Or, les larges prérogatives attribuées au wali, représentant de l'État central, présentent une forte raison de croire que les conflits de compétences et l'ambigüité dans leur exercice risque de persister longtemps.

La Constitution de 1996 avait cantonné les attributions du wali dans l'exécution des lois et l'application des décisions du gouvernement (Art. 102 C. de 1996). Aujourd'hui, il devient l'un des deux principaux fondements sur lesquels repose toute la politique de «déconcentration administrative»[11] au Maroc. Hormis sa qualité de représentant du pouvoir central, il apporte également de l'assistance au pouvoir régional dans la mise en œuvre des «plans et des programmes de développement»[12]. La nouvelle réforme des services déconcentrés attribue au wali un rôle de pilotage pour la réussite du chantier de la régionalisation avancée.

11. L'art. 5 de la Charte de déconcentration précise que les deux principaux fondements de la déconcentration au Maroc sont « *la région, en tant qu'espace approprié pour la concrétisation de la politique nationale de déconcentration administrative, eu égard à la position prééminente qu'elle occupe dans l'organisation territoriale administrative du Royaume (…) le rôle central du wali de région, en sa qualité de représentant du pouvoir central au niveau régional* ».

12. Selon l'art. 27 de la charte, « *les walis et gouverneurs veillent (…) à prendre toutes les mesures appropriées et nécessaires, en vue d'assurer l'accompagnement (…) des collectivités territoriales* ».

Toutefois, ce qui pose problème, ce ne sont pas les diverses attributions octroyées au représentant de l'État, car nous estimons qu'elles sont tout à fait conformes au statut qu'il incarne vis-à-vis de la déconcentration, mais l'interprétation qu'on doit adopter pour ses missions d'accompagnement et d'assistance des régions, exprimées également dans le «chapitre VI de la Charte»[13]. Notre recherche permet d'avancer avec sérénité que la question d'assistance n'est qu'un vocabulaire atténué de la notion de contrôle. En s'appuyant sur quelques aspects de sa figure incontournable entre la région et la justice administrative, nous pouvons établir que le fait d'intervenir dans l'ordre du jour des assemblées régionales, par exemple, ne constitue guère à notre sens une forme d'assistance ou d'accompagnement, mais plutôt une forme d'ingérence non fondée, étant donné que le pouvoir du contrôle administratif que lui procure la Constitution est une mesure qui doit être *a posteriori* de la prise de décision pour vérifier sa légalité et non pour l'orienter.

D'un autre coté, concernant le découpage administratif, il est important de rappeler que l'une des motivations principales qui ont conduit au nouveau découpage au Maroc se construit sans doute autour de l'insatisfaction générale vis-à-vis de celui de 1997 à 16 régions institutionnelles. En se basant sur les principes de l'homogénéité et la fonctionnalité tout en leur annexant celui de la complémentarité déjà existant, la nouvelle organisation territoriale en 12 régions « *distingue deux grands types de région. Le premier concerne des régions définies en partant de métropoles qui se trouvent à la tête d'espaces de croissance économique majeurs pour le rôle qu'ils jouent aujourd'hui ou qu'ils vont jouer demain sur les plans économique et du fonctionnement du territoire. Sept pôles ont été ainsi identifiés : Tanger-Tétouan, Rabat-Salé-Kénitra, Casablanca-El Jadida, le Grand Agadir, Fès-Meknès, Marrakech-Safi et Béni Mellal-Khénifra. Le second concerne des régions faiblement ou non polarisées et couvrant les montagnes atlasiques et les steppes et déserts plus ou moins oasiens. Ces cinq régions sont*

13. Le chapitre s'intitule *Des relations des services déconcentrés de l'État avec les collectivités territoriales, les organismes qui en relèvent et les autres organismes et établissements à compétence territoriale*. Dans ce chapitre, il n'y a que deux articles (36 et 37) ; le premier évoque les missions des services qui consistent à « *apporter toute forme d'appui et assistance aux collectivités territoriales (…) établir les bases d'un partenariat effectif (…) contribuer au développement des capacités des collectivités territoriales (…) accompagner les collectivités territoriales dans l'exercice de leurs compétences (…) renforcer les mécanismes de dialogue et de consultation* » ; alors que le deuxième les invite à « *coopérer avec le Centre régional d'investissement* ». La lecture de ces deux dispositions ne permet nullement de tirer une vision claire sur la question de l'assistance et l'accompagnement. L'apport de toute forme d'appui et d'assistance, la contribution, l'accompagnement, le renforcement, ne sont que des formules vagues et générales qui n'apportent pas la précision que devrait normalement revêtir une charte. Pour un juriste, il serait périlleux dans cette confusion de confirmer ou d'infirmer l'une ou l'autre version de cette lecture, en revanche, et à la base de toute l'argumentation produite dans ce travail, nous cautionnons l'interprétation restrictive de l'autonomie régionale.

moins nanties, voire confrontées à des handicaps sévères et nécessitent de ce fait un appui fort et une solidarité nationale »[14].

Dans le souci de joindre le fonctionnel et l'institutionnel, le nouveau découpage a opéré des fractures dans des territoires historiquement et socialement liés, et des jonctions entre régions jusque-là différenciées. Nous allons prendre comme exemple la région de Tanger-Tétouan-Al Hoceima. Notons que la ville d'Al Hoceima faisait partie de la région Taza-Al Hoceima-Taounate dans le découpage de 1997, une région composée de sous-espaces qui communiquent et échangent très peu de choses. Nous estimons d'ailleurs que le Rif central qui s'organise autour d'Al Hoceïma aurait pu être regroupé avec le Rif oriental que polarise la ville de Nador. Car nous avons noté également que, pour des considérations culturelles (la langue par exemple), économiques ou géographiques, le Rif oriental avait des difficultés à cohabiter avec l'Oriental. Nous savons que les villes de Nador et Al Hoceima représentent les deux centres de la culture du Rif. Les séparer dans l'ancien et le nouveau découpage stimule la réflexion sur les motivations qui présideraient à cet aménagement. Il parait que le rapport de force qui existe depuis longtemps entre le pouvoir central et cette région du Maroc laisse entrevoir des soupçons de contrôle.

Enfin s'agissant des élections locales, avant la nouvelle réforme qui introduit le suffrage universel direct par une disposition constitutionnelle, les élections régionales étaient régies par un suffrage indirect à l'instar des provinces et préfectures. Les assemblées régionales étaient le produit d'un amalgame de collèges élus formés par des représentants politiques et syndicaux associés aux mandataires des secteurs productifs (art. 3 de la LOR 47-96). Depuis sa reconnaissance en tant que collectivité locale, ce mode d'élection n'a fait que compromettre l'autonomie de la région. Cette formation hybride qui éparpillait le centre de décision en plusieurs pôles inconnus pour les électeurs a certainement pris fin lors de la nouvelle réforme, mais sans être complètement exempt de certaines observations.

Incontestablement, le suffrage universel direct est plus adapté à une démocratie représentative régionale compte tenu des défaillances du suffrage indirect. Cependant, et sans vouloir faire l'apologie d'une quelconque antithèse sur l'un des éléments les plus significatifs de la liberté, nous allons tenter de relier ses défauts avec la réalité régionale marocaine, tout en essayant de lui trouver une part de responsabilité dans la problématique de l'autonomie que nous traitons dans ce sujet.

14. BERRIANE M., « Dynamiques territoriales et politiques publiques : territoires fonctionnels et territoires officiels », in DUPRET B., RHANI Z., BOUTALEB A., FERRIÉ J-N (dir.) *Le Maroc au présent*, éd. Centre Jacques-Berque, Fondation du Roi Abdul-Aziz Al Saoud pour les Études Islamiques et les Sciences Humaines, coll. Description du Maghreb, Casablanca, 2015, p.59.

Ainsi, et à l'image des élections communales, provinciales ou préfectorales, le suffrage universel direct favorise également une hégémonie des notables sur le pouvoir régional. RONDELET A., renvoie, en partie, cette conséquence aux dépenses élevées qu'impliquent les mécanismes du suffrage, il précise que « *Par là s'explique ce fait bizarre et difficilement saisissable au premier abord, d'une sorte de monopole exercé du côté de l'ordre par les très grandes fortunes du suffrage universel* »[15]. En étant partisan de la démocratie dans toutes ses composantes, il est très difficile de se positionner face à la question fondamentale suivante : quelle serait l'alternative si, et le suffrage indirect et le suffrage direct présentent tous les deux des carences différentes, mais tout aussi influentes sur le rendu démocratique ? Probablement, ce constat ne représente qu'une réalité sociopolitique de la démocratie représentative au Maroc, qui serait loin d'être généralisée sur l'ensemble des démocraties contemporaines. Il s'agit d'un problème de culture politique qui met en relief l'absence d'un système de partis avec une base sociale et une éducation politique des citoyens. Nous estimons d'ailleurs à ce propos que ces éléments doivent accompagner, voire, précéder les instruments de l'expression politique. Au même titre qu'il n'y a pas de démocratie sans démocrates, il n'y aurait pas non plus de représentativité sans instruction politique. Si le reflet de cette critique ne semble toucher que le mauvais fonctionnement de la démocratie sans remettre en cause son essence, il faut au moins admettre que l'altération des mécanismes risque de donner une lecture erronée des résultats de l'exercice démocratique. Ce qui n'est pas sans conséquences sur l'esprit de la démocratie.

Au niveau régional, l'outil du suffrage universel direct au Maroc est devenu une matière bien travaillée par les prétendants aux titres. Cette manœuvre, tant compliquée pour les novices, se professionnalise de plus en plus pour favoriser les plus expérimentés, non pas dans la pratique de la politique, mais dans la manipulation des outils qui mènent au pouvoir. Un état de chose exacerbé par le niveau intellectuel et économique relativement bas de l'électorat habituel au Maroc. La pauvreté et l'analphabétisme sont deux phénomènes très pesant dans les élections régionales. La vulnérabilité de cette couche sociale fragile rend la tâche plus facile aux candidats pour influencer intellectuellement et financièrement les électeurs. C'est justement là où la question de la morale en démocratie s'impose. «Faut-il peut-être instruire avant de démocratiser ?»[16] Si on prend en compte le désintérêt des populations instruites issues de la classe moyenne de toutes sortes de suffrage, on réalise rapidement l'ampleur du phénomène. Ce qui explique également un deuxième désintérêt beaucoup plus conséquent et grave, celui des intellectuels et des académiciens qui renoncent et rejettent de se présenter aux élections régionales dans un climat peu favorable. RONDELET

15. RONDELET A., « Les limites du suffrage universel », Henry Plon Imprimeur/Editeur, Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France, Paris, 1871, p.13.

16. Si on prend par ex. la région Tanger-Tétouan-Al Hoceima, on note 31% d'analphabètes et 5% seulement des diplômés supérieurs. Connaissant le jeu des chiffres dans le suffrage universel, un tel pourcentage est en mesure de faire basculer toute la balance de l'enjeu démocratique.

A., souligne ce qui s'est passé au tout début de la pratique du scrutin universel en France, et ce que nous pensons être le cas aujourd'hui au Maroc : « *il a semblé, en dehors du scrutin de liste où l'on peut passer gratis, que la classe moyenne française, plus éminente par ses capacités politiques que favorisée par ses richesses patrimoniales, ait subitement disparu de la scène qu'elle avait longtemps occupée et dominée* »[17].

2-2-2 *La dépendance financière de la région à l'égard des transferts de l'État*

Bien que constitutionnelles, les notions de compétences et de libre administration ne véhiculent nullement une quelconque autonomie financière si le dispositif législatif mis en place n'offre pas à la région une certaine indépendance vis-à-vis de l'État. Libérer l'action régionale, c'est élever son degré d'autosuffisance financière en matière de ressources et de gestion. La garantie des ressources est pour la première fois d'ordre constitutionnel au Maroc. Ceci soulève leur importance dans la gestion décentralisée et l'obligation pour le législateur d'en assurer la convenance. Rappelons que la loi fondamentale précise que « *les régions et les autres collectivités territoriales disposent de ressources financières propres et de ressources financières affectées par l'État* »[18]. Il faut admettre que la question des ressources propres est tout à fait en adéquation avec l'idéal de l'autonomie, en revanche, c'est la notion de ressources affectées par l'État qui pose problème. Le texte constitutionnel ne serait-il pas dans la contradiction lorsqu'il offre à la fois la liberté par des moyens propres et son frein par les moyens affectés ?

Décidemment, et après la réforme, l'État demeure encore la principale source des finances locales au Maroc, « *La répartition des recettes (…) à fin août 2020, permet de relever que les ressources transférées (…) constituent (…) 90% pour les régions (…)* »[19]. Mis à part les deux formes d'affectation de fonds pour les régions, c'est-à-dire, les crédits du budget général de l'État ainsi que le Fonds Spécial relatif au produit des parts d'impôts, on note également les subventions et les fonds de concours constitués pour une grande partie des versements effectués par certains départements ministériels, en vue de contribuer à la réalisation de programmes ou projets régionaux, et le produit des intérêts versés par l'État aux Collectivités territoriales au titre de leurs fonds disponibles mis à la disposition de l'État. D'après le bulletin mensuel des statistiques des finances locales établi par la Trésorerie Générale du Royaume (TGR) en août 2020, « *L'évolution de la structure des ressources des collectivités territoriales entre fin août 2019 et fin août 2020, fait ressortir une augmentation de la part des ressources transférées, conjuguée à une diminution de la part des ressources gérées par les collectivités*

17. RONDELET A., « Les limites du suffrage universel », op.cit., p. 13-14.

18. Art. 141, al.1 C.

19. Trésorerie Générale du Royaume, « Bulletin mensuel de statistiques des finances locales », Août 2020, p.6.

territoriales et de la part des ressources gérées par l'État »[20]. Suivant le principe de «progressivité»[21] dans le transfert des compétences, nous devrions être dans une dynamique contraire. L'interventionnisme de l'État devrait disparaitre peu à peu pour initier la région à une certaine indépendance vis-à-vis de la gestion et des moyens. Nous estimons que « *parallèlement au renforcement de l'effort financier de l'État (…) il est indispensable d'inciter les collectivités territoriales à améliorer leurs ressources propres* »[22]. Nous retenons ici la dernière recommandation établie par le ministère des finances et de l'économie, qui soulève clairement la problématique de l'interventionnisme étatique flagrant dans les finances locales. Pour l'État, il s'agit d'une consolidation des capacités financières des régions qui s'inscrit dans le contexte de la réforme, mais au questionnement de l'autonomie, c'est une forme d'ingérence qui pourrait développer une autonomie formelle à la place d'une autonomie réelle.

Généralement, on s'accorde aujourd'hui sur le fait que les transferts de l'État ont pour fin la réduction des disparités et la limitation des déséquilibres. Certains auteurs plaident pour ces formes d'intervention étatique, en avançant à titre d'exemple que « *Les ressources propres ne sont jamais suffisantes pour couvrir d'une manière adéquate le coût des compétences dévolues aux collectivités territoriales; c'est pourquoi les transferts financiers (budgétaires) sont nécessaires pour combler autant que possible les besoins de financement de ces collectivités* »[23]. Les partisans de ce courant trouvent leurs arguments dans plusieurs justifications qui se manifestent d'abord dans le souci de corriger le déséquilibre vertical, puis, pour colmater le déséquilibre horizontal ; « *les transferts visent généralement à «égaliser» (rapprocher de la moyenne) les ressources financières à la disposition des collectivités territoriales pour leur permettre d'offrir une qualité comparable (et à des coûts comparables autant que possible) de services publics sur un territoire considéré* »[24]. Aussi, dans la préoccupation de « *compenser des effets externes (effets de débordement) : L'objectif des transferts est de corriger l'impact d'effets externes liés à la fourniture décentralisée de certaines prestations publiques; cela est en particulier le cas quand l'aire de consommation des services publics déborde sur le périmètre du territoire de la collectivité territoriale qui fournit la prestation,*

20. *Ibid.*

21. Le premier al. de l'art. 95 de la LOR 111/14 précise que « *Lors du transfert des compétences de l'État à la région, sont pris en compte les principes de progressivité et de différenciation entre les régions* ».

22. Trésorerie Générale du Royaume, « Bulletin mensuel de statistiques des finances locales », op.cit., p.6.

23. EL-MENSI M., « Financement des collectivités territoriales et mécanismes de péréquation », Forum of Federations, Occasional Paper Series, n° 18, Canada, 2007, p.16. (http://www.forumfed.org/wp-content/uploads/2016/06/OccPaper18_FoF_LivretFinancement_FR_small.pdf), consulté le 24/01/2021.

24. *Ibid.*

ou quand des agents économiques non-résidents peuvent bénéficier des services rendus par une autorité territoriale sans en supporter le coût »[25].

Dans ce contexte, les principes de coopération et de solidarité instaurés par la Constitution de 2011 (Art. 136 C.) prennent toute leur place. Effectivement, à travers l'art. 231 de la LOR 111/14, le gouvernement avait la charge d'instituer les mécanismes de fonctionnement des deux fonds de développement régional indiqués aussi par la loi fondamentale. Les deux organismes - Fonds de mise à niveau sociale et Fonds de solidarité interrégionale - sont financés par les recettes de la TVA (Taxe sur la valeur ajoutée), de l'IS (Impôt sur les Sociétés) et de l'IR (Impôt sur le Revenu). La problématique de ces deux fonds réside dans leur mode de gestion, étant donné que le cadre législatif qui les régit renvoie à l'autorité gouvernementale la compétence d'établir toutes les composantes de leur fonctionnement. On peut noter par exemple les dispositions de l'art. 230 de la LOR 111/14 qui précise que « *Le Chef du gouvernement est l'ordonnateur des recettes et des dépenses du Fonds de mise à niveau sociale* », ou bien celles de l'art. 235 de la même LOR qui indique que « *Le ministre de l'intérieur est l'ordonnateur des recettes et des dépenses du Fonds de solidarité interrégionale* ».

De ce qui précède, nous pouvons dire qu'au Maroc, ce système de péréquation est loin de réussir ces échéances car les mécanismes de solidarité verticale ont montré leur insuffisance. La diversification des sources de financements, dominés généralement par l'État central, ont fait que l'environnement financier dans lequel évoluent les régions n'est pas propice à une péréquation optimale. Les « *contraintes et les ressources changent d'une collectivité territoriale à une autre* »[26]. Ceci incite à revaloriser cette différenciation financière, car elle présente dans le système actuel un obstacle à l'émancipation de la décision régionale, qui dans une régionalisation politique s'avère beaucoup plus libre.

II. LE PROJET D'AUTONOMIE DU SAHARA AU REGARD DU MODÈLE RÉGIONAL ESPAGNOL

Les modalités de la répartition des compétences varient d'un type d'État à un autre. En revanche, nous remarquons dans ces derniers temps une tendance de certains États unitaires à adopter des principes considérés auparavant comme étant propres aux États fédéraux. Le développement des autonomies régionales a conduit à instaurer dans ces États un système de répartition de compétences

25. *Ibid.*

26. EL ARAFI H., «Étude sur les recettes et les dépenses des collectivités territoriales au Maroc », l'Espace Associatif, *Mobilisation Citoyenne pour la Redevabilité des Finances Publiques*, Rabat, 2018, p.60. (http://www.espace-associatif.ma/wp-content/uploads/2019/05/Etude_R_D_des_CT-Rapport_V2_.pdf), consulté le 25/01/2021.

qui valorise davantage la prise de décision locale, procurant ainsi aux entités infra-étatiques plus de place dans la gestion des affaires publiques les concernant.

Notre analyse sur la régionalisation politique et le degré d'autonomie qu'elle peut offrir, nous amène à exposer le modèle le plus représentatif de cette organisation. En effet, l'originalité espagnole, à mi-chemin entre l'État unitaire et l'État fédéral, nous enseigne richement sur l'agencement des relations entre le centre et la périphérie. Il s'agit d'une conception très avancée de l'autonomie (3-1). Ce référentiel nous sera de très grande utilité pour examiner de près la tentative marocaine de reformuler l'organisation territoriale du Sahara sur les mêmes fondements théoriques (3-2).

3-1 L'illustration de l'autonomie politique dans le modèle régional espagnol

Un régime dit «autonomique» est une forme de distribution territoriale du pouvoir. Il présente une certaine originalité par rapport aux régimes unitaire et fédéral. En Espagne, les régions occupent une place particulière dans l'organisation territoriale de l'État. Celui-ci a procédé au gré des circonstances politico-historiques à une décentralisation très prononcée, bien au-delà des standards reconnus aux États unitaires. Cette originalité explique la dénomination «État autonome» espagnol. Elle trouve ses fondements aussi bien dans l'organisation territoriale de L'État et les statuts qui régissent l'autonomie de ses régions (3-1-1) que dans la forte répartition des compétences qui caractérise son partage des pouvoirs avec la périphérie (3-1-2).

3-1-1 *Une conception territoriale très prononcée en Espagne*

L'État «autonome» espagnol est naît d'une volonté sans équivoque de définir la structure de l'État, une volonté qui sera révisée de manière partielle dans toutes les phases ultérieures à l'établissement de la Constitution. C'est ce qu'on appelle la déconstitutionnalisation partielle[27]. Cette formule serait alors une sorte d'État hybride, résultat d'une métamorphose décentralisée de l'État unitaire. C'est une variante de l'État régional qui reconnaît un degré variable d'autonomie à ses entités décentralisées : une autonomie juridique et politique garantie par la Constitution. Certaines entités sont proches de la situation des Collectivités territoriales dans un État unitaire, alors que d'autres s'apparentent plus aux entités fédérées au sein d'un État fédéral.

Avec l'établissement de la Constitution de 1978, l'Espagne présenta une organisation particulière au niveau local (Communautés autonomes, provinces,

27. PEREZ ROYO J., « El Tribunal Constitucional y la autonomía de Catalunya: crónica de un disparate », in *Crónica Jurídica Hispalense*: revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, 15, 177-203, 2017, p.184.

communes)[28]. En octroyant à la première catégorie un pouvoir normatif, ce pays est devenu un État «régionalisé». Il est, en effet, ce qu'on appelle aussi un «État des autonomies», officiellement uni, mais fonctionnant comme une fédération de Communautés autonomes chacune avec un niveau d'autonomie différent.

Pour satisfaire les revendications de certaines régions (Catalogne, Pays Basque, Galice) et apporter une solution au conflit basque[29], le gouvernement Suarez a fait inscrire dans la Constitution «le droit à l'autonomie des nationalités». Les régions espagnoles, au nombre de 17, sont appelées «Communautés autonomes» et sont les plus concernées par l'autonomie.

Au niveau local en Espagne, il ne s'agit ni d'une organisation calquée sur le modèle fédéral, ni tout à fait sur la forme unitaire classique. C'est une organisation en trois niveaux (régional, provincial, communal), dotés d'organes législatifs élus au suffrage universel et d'exécutifs locaux. Le niveau le plus bas est le niveau communal. Le niveau régional est constitué par les Communautés autonomes[30]. Le pouvoir législatif est détenu par une Assemblée dont le nom diffère selon les communautés[31]. Elle est élue au suffrage universel, à la proportionnelle pour un mandat de quatre ans, et composée d'un nombre variable de députés régionaux. Le Président de la Communauté autonome est élu par l'assemblée. Il a pour charge de diriger et coordonner le Conseil de gouvernement, organe exécutif de la Communauté autonome, ainsi que de représenter la communauté auprès de l'État.

La Constitution espagnole garantie la diversité des statuts d'autonomie. Ils constituent la norme institutionnelle fondamentale de chaque Communauté autonome ; l'État les reconnaît et les protège comme partie intégrante de son ordre juridique[32]. Le statut a une double dimension : d'abord, étant la norme institutionnelle fondamentale de chaque Communauté autonome, il représente la base, le fondement de l'ordre juridique autonome ; d'autre part, ce statut fait aussi partie

28. L'art. 137 CE. dispose que « *L'État se compose, dans son organisation territoriale, de communes, de provinces et des Communautés autonomes qui se constitueront. Toutes ces entités jouissent d'une autonomie pour la gestion de leurs intérêts respectifs* ».

29. Le conflit basque désigne l'opposition politique et idéologique, exacerbée par une confrontation armée. Une période de tensions et de série d'attentats, survenus entre l'indépendantisme basque et les gouvernements espagnol et français. Il a commencé en 1961 avec les premiers attentats d'ETA (Euskadi ta Askatasuna, «Pays basque et liberté», organisation terroriste indépendantiste basque), avant d'entrer en voie de résolution en 2011 avec l'annonce par ETA de l'arrêt définitif de son activité armée. Le 16 avril 2018, l'ETA annonce sa dissolution et la fin de son combat politique.

30. L'organisation des communautés est établie à l'art. 152 CE. prévu initialement pour les communautés de l'art. 151 CE., mais que la législateur a étendue à toutes les communautés.

31. On l'appelle par ex. à Madrid «*Asamblea de Madrid*», en Catalogne «*Parlament de Catalunya*», au Pays-Basque «*Eusko Legebiltzarra*», en Galice «*Parlamento de Galicia*», et à Valence «*Corts Valencianes*».

32. L'art. 147, al. 1 CE. stipule que « *Dans le cadre de la Constitution, les statuts seront la norme institutionnelle fondamentale de chaque Communauté autonome et l'État les reconnaîtra et les protégera comme partie intégrante de son ordre juridique* ».

de l'ordre juridique de l'État, qui doit l'approuver dans son assemblée générale à la majorité absolue, moyennant une LOR[33].

Les Communautés autonomes acquièrent leur existence juridique et politique au moment de l'approbation de leur statut d'autonomie. Il est en ce sens la carte de leur naissance[34].

3-1-2 *La répartition des compétences, élément fondateur de l'autonomie politique en Espagne*

La formule «État des autonomies» instaurée par la Constitution espagnole de 1978[35] a permis la mise en place d'une distribution du pouvoir aux niveaux étatique, autonomique et local, une assignation de pouvoirs normatifs et administratifs dans différents domaines. L'État et les Communautés autonomes ont le pouvoir législatif, réglementaire et exécutif. Les entités locales, elles, dépourvues de pouvoir législatif, possèdent des compétences d'ordre réglementaire et exécutif[36].

De ce point de vue, la Constitution attribue aux régions une autonomie politique et administrative, alors que les entités locales ne bénéficient que du deuxième volet de cette autonomie. Cette capacité de décision des Communautés autonomes ne se concrétise pas seulement dans le développement et l'application des lois étatiques, mais aussi dans la formulation et l'exécution de politiques propres, différentes de celles des autres entités. L'ampleur de ces politiques, qui touchent directement le niveau d'autonomie, dépend surtout de la quantité et de la qualité des compétences reconnues dans les statuts d'autonomie respectifs[37].

33. BLASCO ESTEVE A., « Décentralisation politique en Espagne : les communautés autonomes », in *Réformes constitutionnelles et administration publique*, Université Mohammed V, Suissi, imprimerie El Maarif El Jadida, Rabat, 2013, p.154.

34. L'art. 147 al. 2 CE., établit une liste de conditions que tous les statuts doivent contenir :-le nom de la communauté qui correspond le mieux à son identité historique ; -la délimitation de son territoire ; -la dénomination, l'organisation et le siège des institutions autonomes propres ; -les compétences assumées dans le cadre établi par la Constitution et les bases pour le transfert des services correspondant à ces compétences.
Mise à part le Pays Basque (rejet du Plan Ibarretxe par les députés nationaux, et échec des tentatives de Lendakari (Président de l'exécutif basque), toutes les Communautés autonomes ont reformé leurs statuts, surtout dans le régime des compétences ; on peut citer par ex.: Valence et la Catalogne (2006), l'Andalousie et les îles Baléares (2007), Aragon et Castille-Leon (2007), Extremadura (2011) et les îles Canaries (2018).

35. La Constitution espagnole de 1978 est consolidée par les lois constitutionnelles du 27 aout 1992 (droit du suffrage passif), et du 27 septembre 2011 (adoption de la règle d'or budgétaire).

36. BLASCO ESTEVE A., « Décentralisation politique en Espagne : les communautés autonomes », op.cit., p.155.

37. *Ibid.* p.156.

Le principe de la répartition des compétences a donné naissance, de ce fait, à des compétences «propres et attribuées» et de nature «exclusives et partagées»[38]. L'entité titulaire des compétences à caractère exclusif détient le monopole de tout pouvoir public. L'entité titulaire des compétences partagées assume une partie des pouvoirs publics qui peuvent s'exercer sur un domaine concret[39].

Il y a deux statuts à géométrie variable qui illustrent le niveau des compétences en Espagne. Le premier, défini par l'art. 149 CE., concerne les compétences de la communauté qui ne sont limitées que par les compétences exclusives de l'État, dont la liste recouvre 32 rubriques ; aussi bien que les matières non attribuées explicitement à l'État peuvent revenir aux Communautés autonomes. Le deuxième statut, en revanche, n'octroie à la communauté que les compétences énumérées dans la Constitution[40], et qui sont au nombre de vingt-deux. Toutefois, et même s'il y a un nombre limité de communautés bénéficiant de compétences larges (Catalogne, Pays-Basque, Galice, Andalousie, Canaries, Navarre, Valence), ce statut est considéré comme transitoire par la Constitution, puisque au bout de cinq ans les Communautés autonomes peuvent élargir leurs compétences par une réforme de statut selon l'art. 148 al. 2 CE»[41].

On peut dire que la formule constitutionnelle est basée sur une double liste à caractère flexible, complétée par une double clause résiduelle[42]. La première clause résiduelle établie que les statuts peuvent assumer les compétences non prévues à l'art. 149 CE., c'est-à-dire tout ce qui n'a pas été expressément réservé à l'État. La deuxième clause implique que les compétences qui ne figurent pas dans les

38. Conseil de l'Europe, « Structure et fonctionnement de la démocratie locale et régionale : Espagne situation en 1996 », Comité directeur des autorités locales et régionales, 2ème éd, Strasbourg, 1997, p.33.

39. *Ibid.* p.157.

40. L'art. 148 CE. dispose de 22 rubriques ; on peut trouver par ex. : l'aménagement du territoire, l'urbanisme, l'administration locale, l'agriculture etc.

41. L'art. précise qu' « *Au terme d'une période de cinq ans et par la révision de leurs statuts, les Communautés autonomes pourront étendre successivement leurs compétences dans le cadre établi à l'article 149* ».

42. Il faut dire aussi que l'art. 150 CE. prévoit deux types de lois qui permettent l'attribution extrastatutaire des compétences, il stipule dans l'al. 1 que : « *Les Cortès générales pourront, dans les matières relevant de la compétence de l'État, attribuer à toutes les Communautés autonomes ou à certaines d'entre elles la faculté d'édicter, en ce qui les concerne, des normes législatives dans le cadre des principes, des bases et des directives fixés par une loi étatique. Chaque loi-cadre arrêtera, sans préjudice de la compétence des tribunaux, les modalités de contrôle qu'exerceront les Cortès générales sur ces normes législatives des Communautés autonomes* » ; et dans l'al. 2 que « *L'État pourra transférer ou déléguer aux Communautés autonomes, par une loi organique, des facultés relatives à des matières lui appartenant qui, par leur nature même, sont susceptibles d'être transférées ou déléguées (...)* ».
L'art. 149 CE. identifie les matières dans lesquelles l'État jouit d'une compétence exclusive, qui en principe n'incombe pas aux Communautés autonomes ; alors que l'art. 148 CE. présente les matières dans lesquelles les statuts pourront assumer des compétences.

statuts communautaires incombent en tout cas à l'État dont les normes prévalent en cas de conflit ; ainsi on garantit la titularité de toutes les compétences.

Concernant les compétences partagées, l'État se réserve la «législation», et les Communautés autonomes se chargent de l'exécution des normes étatiques[43]. Par ailleurs, il y a bien d'autres compétences partagées, comme par exemple le cas de certaines LOR de l'État qui prévoient «des interventions concrètes»[44] de la part des autorités autonomes.

De cet exposé, on peut déduire que le modèle autonomique espagnol, dans les faits et la pratique décentralisée, est plus fédéral qu'unitaire, comme préfère le considérer une partie de la doctrine espagnole. Sur ce constat, comment peut-on apprécier le projet marocain pour l'autonomie du Sahara ?

3-2 La concordance du projet d'autonomie du Sahara[45] avec le principe d'autodétermination et la pratique de la régionalisation politique

Sans vouloir dresser les soubassements du conflit saharien, une entreprise qui pourrait nous égarer dans des considérations multiples, nous allons nous contenter dans cet «article-résumé» de mesurer juridiquement la compatibilité du projet marocain pour l'autonomie du Sahara avec le principe d'autodétermination (3-2-1) et les préceptes de la régionalisation politique (3-2-2).

43. Notons par l'occasion que l'État peut aussi se réserver une législation basique (les principes d'une matière) et dans ce cas, les Communautés autonomes seront chargées de légiférer (legislación de desarrollo) pour compléter et exécuter les normes étatiques.

44. On peut citer par exemple la loi organique du pouvoir judiciaire, ou encore celles qui attribuent aux autorités autonomes des facultés de participation dans certains organismes et procédures étatiques.

45. Appelée « l'Initiative marocaine pour la négociation d'un statut d'autonomie de la région du Sahara », le projet « *désigne la proposition marocaine, déposée au Secrétariat général des Nations Unies en avril 2007, en vue de régler définitivement le conflit du Sahara sur une base gagnant-gagnant, où l'État marocain garderait les principales prérogatives régaliennes (affaires étrangères, défense nationale, affaires religieuses…) et la Région du Sahara jouirait de larges compétences permettant aux citoyens marocains sahraouis de gérer leurs propres affaires économiques, sociales et culturelles. Ils seraient, en outre, associés à la politique nationale interne et étrangère et bénéficieraient de la solidarité active du pays en matière de développement quand les ressources de la région s'avèreraient insuffisantes. La Région disposerait de son propre parlement, d'un gouvernement autonome issu d'élections, d'une justice veillant au respect des lois et coutumes sahraouies, ainsi qu'au respect et au développement de la culture et la langue hassanies. La population serait aussi représentée au parlement national* ». (https://ires.ma/fr/bases-de-donn%C3%A9es/bases-de-donnees-des-discours-et-messages-royaux-sur-le-sahara-marocain/glossaire.html?start=15), consulté le 07/02/2021.

3-2-1 *Le projet d'autonomie comme volet défendable de l'autodétermination*

«Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes»[46] est une garantie juridique internationale à l'autodétermination[47]. Il est déclaré, certes, par une disposition onusienne, mais il ne faut pas perdre de vue non plus que le même texte évoque la condition de préservation de l'unité et de l'intégrité territoriales des États. Rappelons la formule de l'ONU qui précise dans son paragraphe 6 que « *toute tentative visant à détruire partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec les buts et principes de la charte des Nations Unies* »[48].

Avant d'exposer la question fondamentale de la répartition des compétences dans la section qui suit, nous allons fonder notre défense du projet d'autonomie de la région du Sahara, d'abord, sur une approche théorique. Celle-ci va tenter d'examiner les éléments de concordance du projet avec le droit à l'autodétermination comme forme universelle reconnue juridiquement et politiquement aux peuples qui aspirent à une certaine liberté au sein de la version interne du principe. Cette approche nous amènera à vérifier si l'autonomie demeure une réponse, ou «la réponse» appropriée et satisfaisante à l'autodétermination. Leur adéquation constituera sans doute la pièce maitresse de la plaidoirie marocaine auprès des institutions internationales et l'argument fort qui soutiendra le projet.

Dans une table ronde portant sur le sujet, organisée par la Mission Permanente du Maroc à Genève en marge de la 15ème session du Conseil des droits de l'homme de 2010, l'ambassadeur marocain «HILALE O»[49]., a très bien expliqué que « *Les grandes mutations géopolitiques internationales, après la fin de la guerre froide et la chute du Mur de Berlin, ont placé la solution d'autonomie au cœur des paramètres démocratiques internationaux de règlement des conflits, dans le respect de l'intégrité territoriale des États. En effet, le nouvel ordre international post-guerre froide, rejetant la balkanisation et reposant sur la mondialisation, a généré de nouveaux défis pour la paix, la sécurité et la stabilité régionales et*

46. Le droit des peuples à l'autodétermination, également appelé «le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes» est un pilier du droit international contemporain. Depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies en 1945, il a constitué la base juridique et politique du processus de décolonisation. « Le Droit des peuples à l'autodétermination », Centre Europe-Tiers Monde (CETIM), Genève, octobre 2010, p.3. (https://www.cetim.ch/wp-content/uploads/Droit-des-peuples----lautod--termination2.pdf), consulté le 08/02/2021.

47. Résolution 1514 (XV) de l›Assemblée générale de l'ONU en date du 14 décembre 1960. Dans la résolution on peut lire que « *Tous les peuples ont le droit de libre détermination; en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel* ». (https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/Independence.aspx), consulté le 08/02/2021.

48. Résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale de l'ONU, « déclaration de l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux », 1960, paragraphe 6, p.71. (https://undocs.org/fr/A/Res/1514(XV)), consulté le 02/03/2021.

49. HILALE Omar est le représentant du Maroc à l'ONU depuis le 14 avril 2014.

internationales. Aussi le paradigme droit international/indépendance, en vogue dans les années 60, a cédé la place au paradigme droit de l'autodétermination/ démocratie. Ce dernier consacre l'autonomie fondée sur la délégation des pouvoirs et la démocratie locale, comme stade de maturation suprême du droit à l'autodétermination. L'autonomie négociée a permis la résolution, en totale conformité avec la légalité internationale, de plusieurs situations de conflits dans le monde, dans le respect de l'intégrité territoriale des États et le respect des spécificités des régions concernées »[50].

Si on accepte que le conflit est interne, il faut admettre également que l'initiative marocaine pour la négociation d'un statut d'autonomie au Sahara s'inscrit dans la même tendance internationale de «résolution pacifique des différends»[51], et conformément aux dispositions de «la Charte de l'ONU»[52]. Elle prend appui sur le fait que « *l'autonomie permet en effet à un groupe minoritaire dans un État de jouir de ses droits tout en offrant à l'État des garanties en matière d'unité, de souveraineté et d'intégrité territoriale* »[53]. La légalité juridique de l'autonomie et sa contribution politique dans la conciliation entre tendances sécessionnistes et autonomistes procure d'emblée au projet d'autonomie du Sahara une certaine légitimité. D'un point de vue juridique interne, le volet politique de l'autonomie proposée, c'est-à-dire cette capacité d'édicter des normes à travers des institutions représentatives, est une dimension incontestable de l'autodétermination puisque les populations locales sont à mêmes de décider de leurs propres règles de gouvernement. L'institutionnalisation, et le cas échéant la constitutionnalisation de ces institutions soulignent à la fois le respect qu'on prête aux particularités de cette communauté et la garantie juridique qui l'accompagne. Dans un État unitaire, c'est la représentation ultime, la plus moderne et la plus démocratique

50. HILALE O., « L'autonomie satisfait-elle au droit de l'autodétermination? », Rapport présenté à l'occasion de la Table ronde organisée au Palais de l'ONU en marge de La 15ème session du Conseil des Droits de l'Homme, Genève, le 21 septembre 2010, p.4. (http://www.mission-maroc.ch/pdf/SeminaireFr/autonomiefrancais.pdf), consulté le 16/03/2021.

51. L'art. 2.3 de la Charte de l'ONU stipule que « *Les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger* ». L'art. 33.1 précise également que « *Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix* ». (https://www.un.org/fr/sections/un-charter/chapter-vi/index.html), consulté le 16/03/2021.

52. Convention internationale, la Charte de l'ONU codifie les grands principes des relations internationales, depuis l'égalité souveraine des États jusqu'à l'interdiction d'employer la force dans ces relations. La Charte a été signée à San Francisco le 26 juin 1945, à la fin de la Conférence des Nations Unies pour l'Organisation internationale, et est entrée en vigueur le 24 octobre 1945. Le Statut de la Cour internationale de Justice fait partie intégrante de la Charte. (https://www.un.org/fr/charter-united-nations/), consulté le 16/03/2021.

53. GROSS A., « Expériences positives des régions autonomes comme source d'inspiration dans la résolution de conflits en Europe », Rapport de la Commission des questions politiques, Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe | Doc. 9824 |, Strasbourg, 03 juin 2003, p.24.

de l'autodétermination. Nous savons que la «résolution 1541»[54] a théorisé à trois procédés d'exercice du droit à l'autodétermination, celui de s'associer à un État indépendant, intégrer un État indépendant ou carrément prendre son indépendance. Cette disposition s'est encore renforcée par la «résolution 2625»[55] qui incorpore un 4ème procédé en ces termes : « *l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple constitue, pour ce peuple, des moyens d'exercer son droit à disposer de lui-même* ». Par sa nature, cette disposition vient étayer le bien-fondé du règlement autonomiste et son adéquation avec la pratique onusienne à partir du moment où il s'établit dans un climat de concertation consensuelle. Dans ce sens, « *il convient de relever que le droit et la pratique onusiens ont consacré, y compris dans l'affaire du Sahara, la négociation comme le moyen le plus privilégié par la communauté internationale pour la satisfaction de ce principe. En effet, l'outil du référendum n'est mentionné dans aucune des résolutions précitées des années 60. En outre, le référendum demeure un mode exceptionnel dans la pratique onusienne, (5 cas: Namibie, Timor Leste, Iryan Jaya, Tokelau et Porto Rico ces 2 derniers figurent toujours sur la liste des Territoires non autonomes, parce que ayant rejeté l'option d'indépendance et opté pour le statu quo). Le recours à la négociation est plus fréquent avec plus de 16 cas, dont celui d'Aceh (Indonésie), Groenland (Danemark), Aaland (Finlande)* »[56].

Nous pouvons arguer à l'examen de ces expériences que la mesure de la résolution pacifique négociée ne peut être grandement appréhendée qu'à travers l'arrêt sur les conséquences politiquement traumatisantes, voire dramatiques pour les populations concernées en cas de troubles ou guerres civiles.

L'élégance de cette conclusion ne doit pas nous induire dans le confort du romantisme, car il reste à démontrer que la question de la répartition des compétences est tout aussi de la même force que dans une régionalisation politique qui véhicule l'esprit du libéralisme et de la démocratie.

3-2-2 *Le domaine des compétences étatiques et régionales, la manifestation d'une autonomie à connotation politique*

54. Résolution 1541 (XV) de l'Assemblée générale de l'ONU, adoptée en 1960 et intitulée «Principes qui doivent guider les États Membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'al. e de l'art. 73 de la Charte, leur est applicable ou non». Dans le principe VI, on peut lire « *qu'un territoire non autonome a atteint la pleine autonomie : quand il est devenu État indépendant et souverain ; quand il s'est librement associé à un État indépendant ; quand il s'est intégré à un État indépendant* ».

55. Résolution 2625 (XXV) de la 25ème session de l'Assemblée générale de l'ONU, du 24 octobre 1970, appelée «Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies (A/8082)». (https://www.un.org/dppa/decolonization/fr/about), consulté le 16/03/2021.

56. HILALE O., « L'autonomie satisfait-elle au droit de l'autodétermination? », op.cit., p.5.

La singularité de la répartition des compétences de la région du Sahara par rapport à celle adoptée pour l'ensemble des régions du Maroc trouve ses premières expressions dans les paragraphes 5 et 6 du texte de l'Initiative, qui indiquent consécutivement que « *les populations du Sahara gèreront elles-mêmes et démocratiquement leurs affaires à travers des organes législatif, exécutif et judiciaire dotés de compétences exclusives* »[57], et que « *L›État conservera ses compétences dans les domaines régaliens, en particulier la défense, les relations extérieures et les attributions constitutionnelles et religieuses de Sa Majesté le Roi* »[58]. Quoiqu'elle ne soit pas encore constitutionnelle, cette précision est une caractéristique des États régionaux. Cette dichotomie d'attributions s'articule autour de compétences exclusives de l'État et de compétences propres à la région du Sahara. Néanmoins, il convient de rappeler qu'en général, et comme l'énumération des compétences par la Constitution ne peut être exhaustive, il demeurera toujours entre les deux sphères de compétences une zone non définie, qualifiée de «domaine concurrent»[59]. À cet effet, le paragraphe 17 de l'Initiative détermine que « *les compétences qui ne sont pas spécifiquement attribuées seront exercées, d›un commun accord, sur la base du principe de subsidiarité* »[60]. L'acceptation qui sera faite du principe de subsidiarité et de la notion du commun accord prend ici toute son importance. Si le rapport égalitaire existe réellement dans les négociations sur l'exercice desdites compétences, la logique de toutes les dispositions de l'initiative sera respectée. De même, nous savons qu'en tant que « *Principe philosophique, politique mais aussi juridique, la subsidiarité cherche (…) à ordonner des compétences partagées entre diverses autorités, dans l'objectif de garantir une plus grande efficacité de l'action, en fonction très généralement du critère de «proximité»* »[61]. Dans un éventuel enchevêtrement de responsabilités, la subsidiarité implique, avant tout, que «*l'échelon le plus bas n'abandonne à l'échelon supérieur que ce qui est strictement nécessaire et, a contrario, la compétence de la collectivité supérieure s'étend aux fonctions qu'elle peut remplir de manière plus efficace que les communautés de base*»[62]. Sur ce fondement théorique, l'entente sur les compétences qui ne sont pas spécifiés expressément devrait respecter la question de proximité et d'efficacité d'action.

57. Paragraphe 5 de l'Initiative marocaine pour la négociation d'un statut d'autonomie de la région du Sahara. p.1. (https://www.maroc.ma/fr/system/files/documents_actualite/initiative_marocaine.pdf), consulté le 18/03/2021.

58. *Ibid.* paragraphe 6.

59. EL KARAMECH L., « La répartition des compétences territoriales entre conflits et bonne gouvernance », op.cit., p.416-417.

60. Paragraphe 17 de l'Initiative marocaine pour la négociation d'un statut d'autonomie de la région du Sahara, op.cit., p.2.

61. AUDOUY L., « Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », Thèse de doctorat en droit public, Université de Montpelier, 2015, p.6.

62. CHEMILLIER-GENDREAU M., « Le principe de subsidiarité : enjeu majeur, débat confus », Le Monde Diplomatique, éd. de juillet 1992, Paris, p.13. Cité par AUDOUY L., « Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », op.cit., p.6.

Notons par l'occasion que le document de l'initiative fixe uniquement le contenu des compétences étatiques et régionales. Ainsi, le paragraphe 14 présente les attributs de la souveraineté comme premières «compétences exclusives»[63] de l'État central. Si on compare ces attributions étatiques avec celles de l'État espagnol énumérées par «l'art. 149 CE»[64]., on peut souligner certaines similitudes, notamment en ce qui concerne les prérogatives régaliennes. Sauf que l'article dresse de manière exhaustive des matières beaucoup plus nombreuses relevant du pouvoir central. Pour la région autonome, il s'agira également de compétences exclusives. Cette terminologie n'est pas anodine car elle exprime la volonté des rédacteurs de garantir à la région du Sahara une « *immunité face à tout empiètement, soit de la part de l'État ou de toute autres Collectivité territoriale* »[65]. C'est pourquoi, les compétences régionales, ayant essentiellement trait à l'intérêt régional seront réparties sur six rubriques qui touchent à «l'administration locale, le développement économique, le budget de la région, les infrastructures, le social, le culturel et l'environnemental»[66]. De surcroît, les relations extérieures feront également partie des attributions régionales du Sahara, car l'Initiative lui octroie une compétence de participation à la diplomatie de l'État chaque fois qu'elle sera concernée.

IV. CONCLUSION

Dans le souci d'apporter l'alternative à une régionalisation marocaine en manque d'inspiration et de souffle, l'étude du projet d'autonomie du Sahara a laissé entrevoir un premier pas vers une régionalisation d'un autre niveau. Au même temps qu'il répond démocratiquement à une situation conflictuelle qui a duré dans le

63. Elles sont incarnées par le drapeau, l'hymne national et la monnaie, avant d'indiquer par la suite ceux liés aux compétences constitutionnelles et religieuses du roi, Commandeur des croyants et Garant de la liberté du culte et des libertés individuelles et collectives. Les autres attributions toucheront aux domaines de la sécurité nationale, la défense extérieure et de l'intégrité territoriale, les relations extérieures et l'ordre juridictionnel du Royaume.

64. L'art. 149 CE. précise que « *L'État jouit d'une compétence exclusive dans les matières suivantes: (...) les relations internationales; la défense et les Forces armées; l'administration de la justice (...)* ».

65. ROUSSET M., « Le statut d'autonomie pour le Sahara, consécration de l'autonomie interne : une solution de vingt et unième siècle pour un problème du dix-neuvième », REMALD, n° 109-110, Rabat, mars-juin 2013, p.39.

66. Le paragraphe 12 de l'Initiative indique tous les domaines de compétences de la région du Sahara, il précise ainsi que « *Dans le respect des principes et des procédures démocratiques, les populations de la Région autonome du Sahara, agissant par l'intermédiaire d'organes législatif, exécutif et judiciaire auront, dans les limites territoriales de la Région, la compétence notamment dans les domaines : - de l'administration locale, de la police locale et des juridictions de la Région ; - économique: le développement économique, la planification régionale, l'encouragement des investissements, le commerce, l'industrie, le tourisme, et l'agriculture ; - du budget et de la fiscalité de la Région ; - des infrastructures : l'eau, les installations hydrauliques, l'électricité, les travaux publics et le transport ; - social : l'habitat, l'éducation, la santé, l'emploi, le sport, la sécurité et la protection sociale ; - culturel, y compris la promotion du patrimoine culturel sahraoui hassani ; - de l'environnement* ».

temps, le projet redéfinit la conception de la question territoriale au Maroc. En dépit de la connotation politique très accentuée du conflit du Sahara, la version juridique de la proposition marocaine nous a permis de soulever l'un des traits distinctifs de la régionalisation politique. Effectivement, le double traitement des régions marocaines incarné d'une part, par des réformes qui n'ont fait que consacrer le caractère administratif, et d'autre part par le texte de l'Initiative qui souligne l'autonomie politique de la région du Sahara, a validé l'adoption définitive de la notion d'asymétrie.

À la lumière de l'asymétrie, donc, nous avons tenté de défendre la légitimité de répondre à chaque territoire du Royaume de manière différenciée et appropriée. Nous estimons à ce sujet qu'un traitement juste est un traitement qui prend en compte tous les besoins des territoires. Le territoire saharien avait certainement besoin de sa pacification avant son développement. Dans le même sens, les autres régions du Maroc sont sans doute tributaires, chacune d'une condition particulière, pour adhérer à la modernisation. La diversité est une réalité marocaine, y répondre par l'uniformité est à notre sens inapproprié. Les motivations qui ont amené les pouvoirs publics à élaborer un statut tout-à-fait excentrique de la vision fondamentalement unitaire, devraient au même titre poser les bases pour construire pour chaque région un modèle à sa mesure. Le conflit politique, l'intégrité territoriale ou la question de l'unité sont dans le même ordre d'importance que le sous-développement économique et social. Peut-être même que celui-ci constitue plus de menaces pour la stabilité tant recherchée.

Análisis del modelo de financiación territorial alemán: ¿una referencia para el modelo de financiación autonómica en España?

Francisco Gabriel Villalba Clemente

Doctor por la Universidad de Alicante

SUMARIO.

I. Introducción.
II. Los problemas en la financiación autonómica vienen derivados de las propias características de nuestro sistema.
III. La intrínseca relación entre forma de Estado y el sistema de financiación.
IV. Conexión entre los principios de organización territorial y los principios constitucionales-financieros de la Ley Fundamental.
V. Conclusiones.

NOTA BIOGRÁFICA:

Francisco Gabriel Villalba Clemente es licenciado en Derecho por la Universidad de Educación a Distancia y Doctor con mención Cum Laude por la Universidad de Alicante en 2022. Desde 2005 ejerce como abogado y desde 2017 imparte clases de Derecho Constitucional y Derecho de la Unión Europea en la Universidad de Alicante en los grados de Derecho, y en los dobles grados de Derecho y Administración de Empresas y Derecho y Criminología. Sus principales líneas de investigación son el sistema de financiación autonómica y el principio de solidaridad interterritorial.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de profundizar sobre el contenido de mi tesis doctoral me gustaría contar- por si a alguien le interesa- mi experiencia personal, dado que mis inicios en el ámbito de la investigación no han sido los "comunes" en el ámbito académico universitario.

He de decir que mi vocación como docente ha estado siempre presente desde mi infancia -ya ayudaba en sus estudios a mis hermanos pequeños-, posteriormente he dado clases particulares durante mis años de estudiante universitario, estuve trabajando como profesor en academias privadas explicando distintas leyes, etc... En definitiva, puedo afirmar que mi vida de un modo u otro siempre ha estado ligada a la docencia, aunque a la hora de decidir mi carrera universitaria me decanté por la licenciatura de Derecho por motivos familiares fundamentalmente.

Desde que acabé la carrera en 2001 estuve trabajando como abogado, primero como "pasante" con la precariedad laboral que ello suponía y, posteriormente, desde 2005 hasta la actualidad, como autónomo siendo el gerente de mi propio despacho. No han sido pocos los momentos durante todos estos años en los que echaba de menos la docencia y, es por ello, por lo que comencé a compaginar

mi trabajo de abogado en mi despacho con el trabajo de docente en academias de formación privadas explicando distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico y en numerosas ocasiones, nuestra Norma Fundamental.

Durante esta etapa en la que compaginaba ambos trabajos se me presentó la oportunidad de trabajar como docente a tiempo parcial en la Universidad. Todo comenzó con una conversación con mi estimada Lourdes Sabater que, conocedora de mi vocación docente, me explicó la existencia de la figura del "profesor asociado" en la Universidad y de la próxima convocatoria de plazas en su área de conocimiento -Derecho Constitucional-, a las que podía aspirar con mi currículum profesional.

Para situaros cronológicamente he de decir que está conversación se dio a mediados del año 2017 y, en noviembre del mismo año, comencé mi andadura profesional como docente universitario a tiempo parcial gracias a un contrato de profesor asociado, cuyo requisito fundamental era el de contar con una carrera profesional fuera de la Universidad, que proyectara sobre el alumnado toda la práctica experimentada en mi despacho.

Mi carrera docente y mi carrera investigadora comenzaron casi al mismo tiempo, pues en la primera semana de impartir docencia mantuve una reunión con el entonces director del departamento, D. José Asensi, en la que se planteó la posibilidad de hacer carrera universitaria. La idea surgió porque al preguntarme sobre mi primera semana como docente mi respuesta no dejó lugar a dudas de que la docencia era mi camino a seguir como me decía mi "*iaia*". No era una decisión fácil pues yo ya tenía mi despacho, mi familia y, a ello había que añadir que, como sabéis, la carrera académica no es un camino de rosas y está llena de incertidumbres sobre los doctorandos y demás figuras anteriores a la titularidad docente acerca de su estabilidad laboral.

Con el objetivo claro en mi cabeza de alcanzar mi sueño a nivel profesional, esto es, lograr una plaza como docente en la Universidad, mantuve una conversación con mi mujer para contar con su apoyo y embarcarme en tan apasionante, como complicado, proyecto profesional -compaginar dos trabajos, mi pequeño Manuel requería de nuestros cuidados las 24 horas del día, tener tiempo para mi mujer- apoyo con el que conté desde el principio.

Con la decisión tomada y el apoyo incondicional que necesitaba de mi mujer comencé en el curso 2018-2019 los estudios de doctorado.

Entre los temas que me planteó el profesor Asensi, me llamó la atención la problemática de la financiación autonómica en España, presente en todas las tertulias políticas y de índole académico en ese momento y que todavía persisten en la actualidad.

En los primeros meses de la investigación hubo un cambio en la dirección de mi tesis doctoral y comenzó a dirigirla una gran persona, gran profesor y magnífico director de tesis, D. José Ángel Camisón. Bajo su dirección, a mediados de 2019 procedimos a centrar nuevamente el objeto principal de la tesis y, lo que en principio iba a ser un estudio de diversos Estados de estructura descentralizada en cuanto a su sistema de financiación territorial, con el objetivo de extrapolar algunas de sus características al modelo español para la mejora de su funcionamiento, se concretó en el estudio de un único Estado, el alemán, cuya justificación haré más adelante.

Centrado el tema y el objetivo principal de la tesis doctoral, me dediqué los dos años posteriores -pandemia y nacimiento de mi segunda hija en este periodo- a la elaboración de la tesis Este periodo ha estado lleno de luces y sombras por la innegable dureza del proceso en el que estaba inmerso y, es por ello, por lo que considero necesario dejar constancia en este artículo del apoyo incondicional que he recibido de mi mujer, de la fuerza que sin ellos saberlo me daban mis hijos para seguir adelante, y, cómo no, de uno de mis directores de la tesis, José Ángel Camisón. En este contexto de agradecimientos no podría olvidar a mi compañero y amigo el profesor Adrián García quien, durante esta etapa me ha acompañado y ayudado mucho más de lo que se imagina, pues hemos compartido muchas charlas que incluían desánimos, incertidumbres y también, la verdad sea dicha, muchas risas que nos han dado fuerza a ambos para continuar adelante.

Este duro y apasionante proceso de elaboración de la tesis doctoral y, por ende, de mi madurez investigadora culminó con la defensa de la misma el 17 de junio de 2022 en la que obtuve del Tribunal la mayor calificación.

En las líneas siguientes se expondrán los principales apartados que incluyo en mi tesis doctoral y que derivan en las conclusiones finales de la investigación doctoral que lleva por título “El modelo constitucional de organización y financiación territorial en la república federal de Alemania: aportaciones al modelo español”.

La investigación doctoral quiere aportar soluciones a un problema de máxima actualidad en nuestro país como es la necesaria reforma del actual sistema de financiación autonómica que debía haberse aprobado en 2014. Para ello hemos considerado importante preguntarnos si existe un modelo de financiación territorial en un Estado compuesto que pueda servir de “referencia” a nuestro modelo y, de este modo, extrapolar algunas de sus características para mejorar su funcionamiento.

En la investigación previa a la redacción definitiva de la tesis consideré la posibilidad de estudiar varios Estados compuestos, como Estados Unidos, Brasil o Alemania, decantándome por éste último por las razones que a continuación detallo.

La idea de estudiar Alemania, o mejor dicho, su sistema de organización y financiación territorial, no es pura casualidad, sino fruto de un estudio previo de varios

Estados compuestos entre los que se intentaba encontrar elementos que pudiesen ser comparables con el modelo español. En este orden de cosas, aunque con sus diferencias, obviamente, podemos decir que ambos modelos poseen los siguientes elementos comunes que nos han llevado a considerar apropiado el estudio del modelo alemán para averiguar si podía servirnos como "referente" del nuestro:

- una Constitución multinivel que otorga competencias a diferentes niveles territoriales,
- una Cámara de representación territorial,
- sustentan el sistema de compensación interterritorial sobre la base del principio de solidaridad,
- en cuanto a miembros de la UE están sujetos a las mismas normas sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento fijado en la misma.
- han visto como las reglas fijadas en dicho pacto se han flexibilizado para hacer frente a la COVID-19.
- la estructura descentralizada de Alemania es muy similar a la de España y no han sido pocos los estudios doctrinales que se han publicado comparando ambos Estados: no solamente en su dimensión institucional, sino también en otras dimensiones como la jurídica.

En cuanto al descarte respecto a otros Estados de estructura descentralizada tiene su razón de ser en las escasas semejanzas que mantiene con España, por ejemplo, Estados Unidos y que darían lugar a resultados poco fructíferos para nuestro objetivo.

Tras lo expuesto podemos determinar con claridad el objetivo de nuestro estudio, que no es otro que determinar si el modelo constitucional alemán de financiación territorial puede o no ser considerado como un referente para una eventual reforma del modelo español. Y, en su caso, conocer qué elementos de aquel podrían extrapolarse a éste en aras de mejorar y perfeccionar nuestro modelo constitucional de financiación territorial.

Para lograr este objetivo se ha profundizado en el estudio de la organización territorial y su sistema de financiación de Alemania desde la perspectiva fundamentalmente de la doctrina española especializada en el estudio de la correlación entre la organización territorial y financiera territorial en Alemania con la finalidad de extraer conclusiones extrapolables al caso español.

Ahora bien, como toda investigación requiere, he de significar aquí que en esta investigación he aportado mis trabajos sobre la reforma constitucional financiera de la Ley de Bonn de 1949 aprobada en 2017 que hasta la fecha había sido poco tratada por la doctrina española.

II. LOS PROBLEMAS EN LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA VIENEN DERIVADOS DE LAS PROPIAS CARACTERÍSTICAS DE NUESTRO SISTEMA

Las características propias de nuestro sistema de distribución de competencias entre el Gobierno central y las CC.AA. y el sistema de financiación autonómico diseñado en nuestra Norma Fundamental y en las leyes que la han desarrollado derivan en una serie de problemas que deben ser mejorados y perfeccionados para una correcta funcionalidad del Estado.

Entre estos problemas-cuyo mayor desarrollo se puede encontrar en la propia tesis doctoral de la que deviene este artículo- destacamos los siguientes:

1. El origen asimétrico de nuestro sistema de distribución competencial ha derivado en un sistema de financiación asimétrico que se refleja en la regulación que la CE prevé en cuanto a la aceptación de tres regímenes fiscales diferentes: común, foral y el canario.
2. La no existencia en el modelo español -como sí ocurre en Alemania- de una institución o cámara de representación territorial que funcione adecuadamente como órgano de coordinación entre el Gobierno central y las distintas CC.AA. Pero este órgano no solamente debería configurarse como un órgano de coordinación sino que se le debería otorgar funciones legislativas que le permitieran intervenir en el proceso de aprobación de leyes estatales que englobaran tanto asuntos de organización territorial como de organización financiera para minorar con esta función numerosos conflictos competenciales entre ambos niveles territoriales-Gobierno central y las CC.AA-.
3. La regulación de la CE permite que nuestro sistema de distribución competencial entre ambos niveles territoriales pueda ser cerrado mediante la aprobación de normas externas a ésta -Estatutos de Autonomía, por ejemplo- que derivan en la posibilidad de asumir competencias distintas a cada una de las CC.AA. que dan lugar a la asimetría anteriormente comentada.

III. LA INTRÍNSECA RELACIÓN ENTRE FORMA DE ESTADO Y EL SISTEMA DE FINANCIACIÓN

Una de las primeras ideas que plasmé en la redacción de la tesis fue que ésta debía dividirse en dos capítulos, el primero de los cuales contendría el análisis de la organización territorial del Estado alemán y, a continuación, en el segundo capítulo expondría las características de su sistema de financiación territorial, no pudiéndose hacer en el orden inverso habida cuenta que no puede entenderse un sistema de financiación sin haber explicado con anterioridad su organización territorial.

En el caso alemán, por ejemplo, la naturaleza simétrica de su sistema de financiación territorial viene derivada de la simetría en su organización territorial

basada en el principio de igualdad federal. Según dicho principio, ningún *Land* podrá tener un status especial, esto es, todos los *Länder* han de tener un nivel competencial similar.

Esta simetría del sistema de organización territorial alemán viene reflejada en su Norma Suprema en la que se detalla exhaustivamente la distribución competencial entre ambos niveles territoriales con competencia legislativa -Federación y *Länder*- aspecto que ha evitado sustancialmente la existencia de conflictos competenciales entre ellos. Por extensión, esta claridad en su sistema de distribución de competencias ha evitado también la generación de conflictos a nivel financiero, habida cuenta que la Norma Suprema recoge un único régimen o sistema de financiación para todos los *Länder*.

Tras lo expuesto se puede afirmar que sería conveniente introducir en nuestro sistema de organización territorial más elementos tendentes a la simetría por la minoración de conflictos que como hemos visto en el Estado alemán se obtiene como resultado.

IV. CONEXIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES-FINANCIEROS DE LA LEY FUNDAMENTAL

La conexión entre los principios básicos que definen la organización territorial en un Estado descentralizado como el alemán y los principios de su sistema financiero puede explicarse desde el deber de cumplimiento de tres mandatos constitucionales:

1. el principio de solidaridad como materialización de dos principios constitucionales básicos como son el principio de Unidad y el de Lealtad federal,
2. el aseguramiento de la homogeneidad en las condiciones de vida en todo el territorio nacional mediante la aplicación del principio de solidaridad interterritorial y,
3. el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria como premisa para mantener la funcionalidad en el seno del Estado

En cuanto al primero de los mandatos constitucionales cabe decir que los principios de Unidad y Lealtad federal se consideran básicos para una correcta funcionalidad de un Estado descentralizado. Por un lado, la Unidad debe entenderse necesaria en todo Estado compuesto para lograr que éste funcione correctamente, habida cuenta que sin Unidad no puede haber Estado. Por otro lado, el mismo significado de la Lealtad federal responde al carácter solidario que todo Estado compuesto debe cumplir habida cuenta que solamente con la colaboración entre las distintas partes que conforman un Estado y el compromiso de solidaridad que deben adquirir se podrá alcanzar una homogeneidad en las condiciones de vida en todo el territorio nacional.

Como consecuencia de lo anterior se puede afirmar que el eje vertebrador de todo Estado compuesto es la solidaridad interterritorial. Esta solidaridad ha de obtenerse mediante un sistema de compensación financiera cuyo objetivo principal sea el de alcanzar la homogeneidad en las condiciones de vida para todos los ciudadanos y ciudadanas del territorio nacional

En este sentido, el artículo 106.3.2 de la Ley Fundamental se erige como la pieza fundamental de todo el sistema de organización territorial y de financiación y, en él, se establece expresamente la necesidad de fijar un mecanismo que tenga como objetivo principal alcanzar la homogeneidad en las condiciones de vida de todo el territorio nacional sin que ello suponga una carga excesiva para ninguno de sus componentes.

Para lograr esta finalidad la propia Norma Suprema fija un mecanismo de "compensación equitativa" por el que se realiza un reparto de ingresos a cada una de las Administraciones Públicas con el fin de que cada una de ellas pueda hacer frente a los gastos derivados del cumplimiento de sus respectivas funciones. Este mecanismo ha ido evolucionando desde su primera regulación constitucional en la que se fijaban dos sistemas de compensación, uno horizontal entre los distintos *Länder* y, otro denominado "compensación vertical" entre la Federación y los *Lánder*, cuya finalidad era la compensación de desigualdades de desarrollo económico hasta la actual derivada de la última reforma constitucional de la Ley Fundamental de 2017 que recoge una mayor carga compensatoria para la Federación, suprimiéndose, al menos formalmente, la denominada compensación horizontal entre los *Länder*.

Por último, cabe hablar en este apartado de la obligación constitucional de establecer mecanismos adecuados para alcanzar una estabilidad presupuestaria en todo el territorio nacional mediante la fijación de límites constitucionales al endeudamiento público. La finalidad de este mandato constitucional es la de dar cumplimiento tanto a la normativa nacional como a la comunitaria que prevé que ningún Estado miembro pueda alcanzar un endeudamiento público más allá de unos límites fijados previamente en su Norma Suprema.

Como recojo en mi investigación el concepto de "endeudamiento público" en Alemania sufrió una evolución y así, en la redacción originaria de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 se consideraba como un "freno al desarrollo económico" al que solamente podía acudirse en casos de "extrema necesidad" para, posteriormente, tras la reforma constitucional de 1969 y como consecuencia de la crisis económica derivada de la Segunda Guerra Mundial, ya se permitía en la Norma Suprema utilizar la institución del endeudamiento público sin que se percibiera como un freno al desarrollo económico.

Ahora bien, esta institución y su conexión con el principio de estabilidad presupuestaria seguía, aun después de la reforma de 1969, regulada de forma imprecisa lo que provocó que durante la etapa de la reunificación alemana los niveles de

endeudamiento público alcanzaran cuotas elevadísimas hasta el punto de que la Unión Europea tuvo que iniciar contra Alemania un procedimiento sancionador por incumplir la normativa sobre Estabilidad Presupuestaria firmada por todos los Estados miembros de la Unión.

Consecuencia de ello se produjo en Alemania en el 2009 una nueva reforma constitucional fundamentalmente de los artículos 109 y 115 que contenían las normas fundamentales sobre el endeudamiento público para dar cumplimiento a la normativa comunitaria, reforma que fue secundada por otros Estados como por ejemplo España que reformó en 2011 el artículo 135 de la CE.

En estas reformas constitucionales se preveía el cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la Unión Europea y, solamente ante situaciones excepcionales como la vivida por el COVID-19 se podría dar lugar a la flexibilización de las mismas.

Con las reformas constitucionales aludidas se vincula estrechamente la institución del límite al endeudamiento público con el principio de estabilidad presupuestaria considerado en Alemania esencial para el correcto funcionamiento de un Estado y ésta solamente se va a alcanzar si se respetan los límites constitucionales establecidos en cuanto al endeudamiento público.

V. CONCLUSIONES

La primera de las conclusiones a las que llegué tras mi investigación doctoral fue que el modelo alemán puede tomarse como referente ante una eventual reforma del sistema de financiación autonómica y, además, puede decirse que dicho modelo tiene elementos extrapolables al caso español como veremos a continuación.

Además de la principal conclusión descrita en el párrafo anterior de la investigación se pueden extraer otras conclusiones secundarias que apoyan la primera.

1. Para el funcionamiento correcto de un sistema de distribución de competencias en un Estado descentralizado se debería establecer una distribución de competencias cerrada en nuestro ordenamiento jurídico tal y como se recoge en el ordenamiento alemán.
2. Ahora bien, cabe matizar la conclusión anterior porque un sistema cerrado de distribución de competencias por sí solo no asegura un correcto funcionamiento del Estado ni sería suficiente para alcanzar las condiciones de vida homogéneas en todo el territorio nacional. Esto solamente podría alcanzarse si se le diera -como sí sucede en el ordenamiento germano- a la cámara de representación territorial en España -Senado- verdaderas funciones de colaboración y coordinación entre el Gobierno central y las CC.AA. Esto es, que tuviera el poder suficiente para aprobar leyes estatales que repercutiesen en

el ámbito autonómico tanto a nivel de organización territorial como como en asuntos de organización financiera.

3. Ambos sistemas de financiación -el alemán y el español- presentan diferencias fundamentales que evidencian la necesidad de proceder a la reforma de nuestro ordenamiento si se pretende alcanzar el grado de homogeneidad que presenta el sistema alemán. Por ejemplo:

   · El sistema alemán, como ya hemos comentado anteriormente, es un sistema tanto en su organización territorial como financiera de carácter simétrico inspirado en el principio de igualdad federal que no otorga ninguna clase de privilegios a ningún *Land*. En el caso español, ya hemos destacado el carácter abierto del sistema de distribución de competencias recogido en la CE y la regulación de tres sistemas fiscales distintas.

   · El sistema alemán presenta un sistema de distribución de competencias legislativas entre la Federación y los *Länder* tanto a nivel constitucional como financiero cuasi cerrado en la Ley Fundamental de manera que evita el origen de muchos de los conflictos competenciales entre ambos niveles territoriales. En España existen además de la CE otras normas -como la LOFCA y los Estatutos de Autonomía- a las que se les permite regular tanto cuestiones de organización territorial como financieras que pueden ser el origen de determinados conflictos entre la Norma Suprema y leyes inferiores.

   · El sistema de financiación territorial alemán, regulado en la Ley Fundamental de manera minuciosa y se divide en tres ejes fundamentales: Primero, regulación del sistema de distribución de ingresos y gastos y del reparto de competencias tributarias a nivel legislativo entre la Federación y los *Länder*; Segundo, regulación de un sistema de compensación interterritorial basado en el principio de solidaridad que presenta dos límites fundamentales: la prohibición de la nivelación total entre los *Länder* y el cumplimiento del principio de ordinalidad y, como tercer eje, la regulación de un sistema destinado al cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria mediante el establecimiento de un límite al endeudamiento público que respete tanto las normas internas sobre la materia como las normas comunitarias. En España esta regulación tan exhaustiva del sistema de financiación se desarrolla en leyes inferiores -como la LOFCA-especificándose de forma muy breve en la Norma Suprema algunos aspectos sobre su financiación, remitiéndose como hemos dicho a leyes de orden inferior.

   · En el sistema alemán existe un sistema de compensación interterritorial basado en un principio de solidaridad cuya finalidad es el alcance de la homogeneidad de unas condiciones de vida similares para todo el territorio nacional sin sobrepasar dos límites fundamentales: por un lado, la ordinalidad que supone que una vez efectuadas los mecanismos de compensación interterritorial entre los distintos niveles no haya pérdida de

capacidad financiera para ninguno de los *Länder* que supusiese una bajada en el ranking de posiciones previo a dicha compensación y, por otro lado, que la nivelación que se alcance nunca sea total por cuanto que lo que exige el artículo 106.3.2 de la Ley Fundamental es "condiciones de vida similares", que no idénticas.

4. En Alemania se han aprobado diversas reformas constitucionales tanto en lo que respecta a su sistema de distribución de competencias como en el Título X de su Norma Suprema que recoge las características básicas de su sistema de financiación Estas modificaciones se han efectuado en la propia Ley Fundamental, hecho que difiere de lo ocurrido en España donde las reformas constitucionales del sistema de financiación autonómico ha tenido lugar en leyes de inferior rango como la LOFCA o en algunos Estatuto de Autonomía. Por tanto, podemos hablar también de una diferencia en cuanto a la modificación en su sistema de fuentes por cuanto que en Alemania se reforma su Norma Suprema y en España fundamentalmente-salvo la reforma del artículo 135 CE- se han modificado leyes inferiores que regulan el sistema de financiación. En definitiva, en España se modifican leyes inferiores a la CE que regulan el sistema de financiación y en Alemania se modifica expresamente la Norma Suprema.
5. Otra de las conclusiones a las que se ha llegado con la investigación es que, en el caso alemán, la regulación de su sistema de financiación pretende alcanzar como hemos visto "unas condiciones de vida similares de los ciudadanos", sin embargo, en el caso español lo que se pretende es alcanzar la homogeneidad de los territorios.